

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Felipe Evaristo dos Santos Galea**

**A atuação do juiz pela efetividade das  
ações coletivas relativas a lides de consumo**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Felipe Evaristo dos Santos Galea**

**A atuação do juiz pela efetividade das  
ações coletivas relativas a lides de consumo**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Patricia Miranda Pizzol.

**SÃO PAULO**

**2013**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**Felipe Evaristo dos Santos Galea**

**A atuação do juiz pela efetividade das  
ações coletivas relativas a lides de consumo**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação da Profa. Dra. Patricia Miranda Pizzol.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Patricia Miranda Pizzol  
Instituição: PUC-SP

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Sérgio Seiji Shimura  
Instituição: PUC-SP

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Marcelo Abelha Rodrigues  
Instituição: UFES

Assinatura: \_\_\_\_\_

## DEDICATÓRIA

Ao meu avô Milton Evaristo dos Santos, meu maior exemplo profissional. Que todos os juízes um dia sejam como ele foi...

Aos meus pais, Leda e Luciano, por tudo o que já me proporcionaram.

À Valéria, pelo amor e apoio, da graduação ao mestrado, e pelo Enrico, a quem também dedico este trabalho, porque faz tudo ter sentido.

À Dani, ao Fael e a toda a minha família, aqui ou lá, que, como bem dizia a *Nonna, unida è la cosa piu bella del mondo*.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço à minha orientadora e amiga, Professora Doutora Patricia Miranda Pizzol, uma pessoa cuja generosidade e dedicação ao ensino me levaram, desde o início da graduação, a querer estudar e praticar o direito processual civil.

Aos Professores Doutores Sérgio Seiji Shimura, Donaldo Armelin e Regina Vera Villas Bôas, pelo engajado compartilhamento de seu conhecimento ao ministrarem as disciplinas que cursei.

Ao Luiz Fernando Fraga, amigo e mentor profissional, em quem tive a sorte de me espelhar desde os tempos de estágio.

A todos os amigos e colegas do escritório *Barbosa, Müssnich e Aragão*, em especial ao Thomaz Sant' Ana, à Raquel Mansanaro e ao Renan Peres, que tanto facilitaram meu trabalho e possibilitaram que eu me dedicasse também aos estudos.

## RESUMO

O direito do consumidor alcançou status de direito fundamental com a Constituição da República de 1988, e sua defesa foi incluída dentre os princípios gerais da atividade econômica. Com a massificação da sociedade, o desenvolvimento do instituto das ações coletivas e o crescente aumento do mercado de consumo interno, a tutela coletiva dos direitos do consumidor torna-se instrumento de pacificação social a merecer cuidadosa atuação judicial.

A prestação jurisdicional não pode se limitar à dicção do direito. Assim, frequentes modificações legislativas, a partir da década de 1990, especialmente no Código de Processo Civil, têm se destinado a assegurar ao jurisdicionado a realização completa, concreta e satisfatória do direito, em prazo razoável. Trata-se da efetividade da tutela jurisdicional.

Nas ações coletivas, especialmente naquelas relacionadas a lides de consumo, a preocupação com a efetividade merece ser ainda maior, considerando a repercussão e os benefícios gerados à sociedade, mormente por facilitarem o acesso do consumidor à justiça e prevenirem a multiplicidade de ações individuais sobre o mesmo tema, que expõem o Poder Judiciário à morosidade na tramitação de processos e ao risco de proferir decisões contraditórias.

Por isso, nas ações coletivas, deve-se garantir o equilíbrio das relações de direito material e processual entre consumidor e fornecedor, e zelar pela obediência das normas protetivas dos consumidores. Como a legislação sobre ações coletivas ainda não se sofisticou o suficiente para atender a essa nova demanda da sociedade, estando pendentes de votação e aprovação alguns importantes projetos de lei sobre o tema, o magistrado assume função ainda mais essencial para a garantia do respeito ao direito do consumidor.

Não é suficiente manter a postura de julgamento adotada em ações individuais, especialmente naquelas sem relação a lides de consumo. É preciso que o julgador atue proativamente em todas as fases do processo coletivo (postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executiva), quebrando velhos paradigmas. Nessa jornada, os princípios processuais que norteiam o magistrado precisam ser interpretados sob o viés da efetividade da tutela jurisdicional coletiva.

Assim, esta pesquisa visa estudar a atuação do juiz em prol da efetividade das ações coletivas relacionadas a lides de consumo; e pretende não apenas analisar os principais institutos relacionados ao tema escolhido para a dissertação, mas também (e sem a pretensão de exaurir a matéria) indicar algumas posturas práticas esperadas dos julgadores para que a finalidade constitucional em questão seja respeitada.

Somente com uma atuação inovadora, o Poder Judiciário será capaz de atender a essa nova demanda social e garantir a realização concreta do direito do consumidor em prazo razoável.

**Palavras-chave:** Ações coletivas. Direito do consumidor. Efetividade. Juiz. Jurisdição

## ABSTRACT

Consumer rights achieved became a fundamental right under the Constitution of the Republic of 1988, and consumer protection is now included among the general principles governing economic activity in Brazil. With the massification of society, the development of group litigation, and the growing internal consumer market, collective protection of consumer rights has become an instrument of social peace, and merits careful treatment by the courts.

Justice is not achieved by a simple pronouncement that rights exist. Many changes made to the law since the 1990s, especially to the Code of Civil Procedure, are directed to ensuring that citizens who look to the courts to enforce their rights will obtain a complete, concrete and satisfactory remedy, within a reasonable period of time. In such case there will be effectiveness of the justice dispensed by the courts.

In group litigation, especially consumer-related actions, the concern with the effectiveness of justice should be even greater, given the impact of group litigation and the benefits to society generated by facilitating consumers' access to justice and preventing multiple individual actions over the same matter, which could lead to long delays and the risk of contradictory decisions. For this reason, in group litigation the courts must maintain a balance in the rights of suppliers and consumers under the substantive and procedural law, and ensure that the law on consumer protection provisions is upheld. The legislation governing group litigation is not yet sophisticated enough to meet this new demand in Brazilian society, although several important bills on collective actions are waiting for voting and approval. Until then, the courts have an even more essential role in ensuring that consumers' rights are respected.

The posture adopted by the courts in deciding individual actions, especially lawsuits that do not involve consumer relations, is not sufficient in group litigation. The decision-maker must be pro-active in all the phases of collective proceedings (the parties' claims and defences, resolution of procedural issues, taking of evidence, judgment, appeals and enforcement of judgment), leaving behind old archetypes. In this new mission, the procedural principles that guide the courts must be interpreted with a view to making collective access to justice effective. This thesis examines the role of the judge in processing group litigation of consumer claims, looking not only at the main aspects of the law related to the subject, but also (with no pretension of giving an exhaustive list) pointing to some of the practical attitudes that courts should adopt to ensure that the constitutional objectives in play are achieved.

Only through an innovative approach by the courts will it be possible to meet this new social demand and give consumers real protection of their rights within a reasonable timeframe.

**Keywords:** Group litigation. Consumer rights. Effectiveness. Courts. Justice

## SUMÁRIO

|                                                                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>                                                                                                                                           | <b>10</b>  |
| <b>1 EFETIVIDADE PROCESSUAL.....</b>                                                                                                                             | <b>14</b>  |
| 1.1 A efetividade processual e o moderno conceito de jurisdição.....                                                                                             | 14         |
| 1.2 Duração razoável do processo.....                                                                                                                            | 23         |
| 1.3 As reformas do Código de Processo Civil em busca da efetividade.....                                                                                         | 28         |
| 1.4 Ativismo judicial.....                                                                                                                                       | 37         |
| <b>2 A EFETIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS.....</b>                                                                                                                  | <b>43</b>  |
| 2.1 Origem e desenvolvimento das ações coletivas.....                                                                                                            | 43         |
| 2.2 Importância das ações coletivas: função social e econômica.....                                                                                              | 49         |
| 2.3 O microssistema de ações coletivas.....                                                                                                                      | 54         |
| 2.4 Principais características diferenciadoras das ações coletivas de consumo em prol da efetividade.....                                                        | 59         |
| 2.4.1 Coisa julgada.....                                                                                                                                         | 59         |
| 2.4.2 Legitimidade ativa.....                                                                                                                                    | 65         |
| 2.4.2.1 As particularidades das associações.....                                                                                                                 | 70         |
| 2.4.2.2 Ministério Público: defesa de direitos individuais homogêneos e atuação do órgão estadual na Justiça Federal e do órgão federal na Justiça Estadual..... | 75         |
| 2.4.2.3 Sobre a legitimidade da Defensoria.....                                                                                                                  | 82         |
| <b>3 A RELAÇÃO DE CONSUMO.....</b>                                                                                                                               | <b>87</b>  |
| 3.1 Conceitos de consumidor.....                                                                                                                                 | 87         |
| 3.2 Conceitos de fornecedor.....                                                                                                                                 | 96         |
| 3.3 Indisponibilidade do direito do consumidor e da respectiva ação coletiva: relevância da relação de consumo.....                                              | 98         |
| <b>4 A ATUAÇÃO DO JUIZ PELA EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS RELATIVAS A LIDES DO CONSUMIDOR.....</b>                                                             | <b>108</b> |
| 4.1 Princípios norteadores da função jurisdicional em ações coletivas.....                                                                                       | 110        |
| 4.1.1 Conceito e aplicação dos princípios.....                                                                                                                   | 110        |
| 4.1.2 Princípios fundamentais.....                                                                                                                               | 113        |
| 4.1.2.1 Devido processo legal.....                                                                                                                               | 113        |
| 4.1.2.2 Inafastabilidade do controle jurisdicional.....                                                                                                          | 115        |
| 4.1.2.3 Isonomia.....                                                                                                                                            | 118        |
| 4.1.2.4 Contraditório e ampla defesa.....                                                                                                                        | 120        |
| 4.1.2.5 Demanda, dispositivo, congruência e impulso oficial.....                                                                                                 | 121        |
| 4.1.2.6 Proibição da prova ilícita.....                                                                                                                          | 123        |
| 4.1.2.7 Motivação.....                                                                                                                                           | 127        |
| 4.1.2.8 Publicidade.....                                                                                                                                         | 131        |
| 4.1.3 Princípios específicos dos processos coletivos.....                                                                                                        | 132        |
| 4.2 A atuação do juiz nas diferentes fases do processo coletivo.....                                                                                             | 135        |
| 4.2.1 Fase postulatória.....                                                                                                                                     | 137        |
| 4.2.1.1 Controle da representatividade adequada.....                                                                                                             | 137        |
| 4.2.1.2 Ampla possibilidade de emenda à petição inicial.....                                                                                                     | 143        |
| 4.2.1.3 Concessão de medidas urgentes.....                                                                                                                       | 144        |
| 4.2.2 Fase saneadora.....                                                                                                                                        | 147        |



|                                                           |            |
|-----------------------------------------------------------|------------|
| 4.2.2.1 Questões processuais pendentes.....               | 148        |
| 4.2.2.2 Inversão do ônus da prova.....                    | 149        |
| 4.2.3 Fase instrutória.....                               | 157        |
| 4.2.3.1 Profunda busca de provas pelo magistrado.....     | 157        |
| 4.2.3.2 Inversão do ônus econômico da prova.....          | 163        |
| 4.2.4 Fase decisória.....                                 | 165        |
| 4.2.5 Fase recursal.....                                  | 179        |
| 4.2.5.1 Recurso parcial ou inexistência de recurso.....   | 179        |
| 4.2.5.2 Efeitos do recurso de apelação.....               | 182        |
| 4.2.6 Fase executiva.....                                 | 184        |
| 4.2.6.1 A execução provisória.....                        | 184        |
| 4.2.6.2 A deflagração da execução coletiva pelo juiz..... | 185        |
| 4.2.6.3 A execução dos provimentos declaratórios.....     | 188        |
| <b>CONCLUSÃO.....</b>                                     | <b>191</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>                                   | <b>196</b> |

## INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, a jurisdição deve ser compreendida não apenas como uma dicção do direito pelo juiz, uma mera subsunção da Lei ao caso concreto, mas especialmente como forma de satisfação daquele direito. Assim, um direito apenas dito (juiz como mera *bouche de la loi*), mas não efetivado no mundo concreto e em um prazo razoável, não compreende uma função jurisdicional completa.

O processo não é um fim em si mesmo. Funciona para instrumentalizar ou viabilizar o direito material. Em tese, as partes não litigam apenas pelo ânimo de se envolverem na lide, mas em busca de um direito material específico, sob pena até mesmo de lhes faltar interesse processual por ausência de necessidade da tutela requerida. A crescente conscientização dessa realidade faz com que a legislação processual civil historicamente passe por reformas e aperfeiçoamentos visando acompanhar a dinâmica da sociedade e dos litígios e a otimizar a prestação jurisdicional.

A contínua massificação da sociedade e a perda dos parâmetros exclusivamente individualistas dos direitos material e processual assumiram status inédito com a Constituição da República de 1988, que em seu artigo 129, III expressamente previu a ação civil pública, além de, em outros dispositivos, ter referido à proteção coletiva de direitos ou proteção de direitos coletivos, tal como no mandado de segurança coletivo, direito fundamental do artigo 5º, LXX.

Paralelamente à coletivização dos processos, especialmente a partir da década de 1990, começou-se a notar maior preocupação dos legisladores e dos operadores de direito processual civil acerca da participação ostensiva do juiz em busca da verdade – cada vez mais real do que formal – para a melhor efetivação do direito material em um prazo razoável de duração do processo.

Essas qualidades assumem ainda maior importância nos processos coletivos nos quais em função das peculiaridades da coisa julgada, cada lide pode afetar e beneficiar inúmeros indivíduos. Trata-se de sintoma da massificação da sociedade, pelo que o legislador deixou de centrar seus esforços exclusivamente em direitos individuais para igualmente prestigiar direitos coletivos.

A almejada duração razoável do processo e as possibilidades de efetivação das sentenças de procedência das ações coletivas implicam desestímulo à propositura de ações individuais, beneficiando a sociedade e o Poder Judiciário como um todo por poupá-los de inúmeras ações repetitivas e dos inerentes prejuízos (dentre eles custas e custos processuais

elevados e desnecessários) e riscos (tais como os de decisões contraditórias em lides com causas de pedir e pedidos idênticos, gerando insegurança jurídica). São esses, afinal, objetivos do sistema de ações coletivas.

Tais constatações mostram-se especialmente relevantes nas ações relacionadas ao direito do consumidor. O artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil aponta a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica e, nessa mesma linha, o artigo 5º, XXXII da Carta dispõe que o “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, justificando a promulgação do avançado Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que não apenas tutelou os direitos materiais dessas figuras vulneráveis como sofisticou sobremaneira as normas de processos coletivos.

Portanto, é preocupação assente para os interesses nacionais a melhor defesa possível do direito do consumidor em juízo. O consumidor é um dos responsáveis por mover a economia do país e isso contribui para a melhora dos indicadores sociais, por estimular a geração de empregos, tributos etc. Nesta segunda década do século XXI, o Brasil atravessa um momento de inclusão de milhões de pessoas no mercado de consumo, pela ascensão da classe C, e tornam-se ainda mais fundamentais os instrumentos de proteção dos direitos dessa nova massa, que se agrega àquela já existente.

Mas não basta uma proteção em tese, um processo figurativo que não alcance os seus reais objetivos. O teatro processual não serve a nada, a não ser àqueles que pretendem postergar o cumprimento de suas obrigações de atendimento aos direitos do consumidor.

Assim, esta pesquisa se dispõe ao estudo da atuação desejável do juiz em prol da efetividade das ações coletivas relativas ao direito do consumidor, verificando seus reflexos no procedimento processual e na prestação jurisdicional em prazo razoável, à luz do que os demais princípios processuais também destacados neste trabalho merecem ser aplicados.

Não propomos seja o juiz dotado de ilimitados poderes e nem sejam suprimidas garantias constitucionais dos réus das ações coletivas, mas não se pode fechar os olhos para o fato de que a participação do magistrado em ações coletivas relativas a lides do consumidor necessariamente diverge da atuação comum do magistrado em processos individuais sem o envolvimento de vulneráveis ou de direitos indisponíveis.

Pretendemos estudar como a figura do juiz pode funcionar para, preservando o direito de todas as partes envolvidas, gerar o máximo grau de atendimento aos direitos da coletividade no menor prazo possível, pautado em princípios processuais que, sobre os processos coletivos, incidem de forma diferenciada.

Para tanto, esta dissertação será fruto de análise da legislação vigente e projetada sobre direito do consumidor e ações coletivas, de literatura jurídica sobre os variados temas estudados, especialmente de doutrinadores nacionais, bem como da jurisprudência, com especial ênfase nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), por serem os tribunais competentes para pacificar, em última instância, as matérias de legislação federal – especialmente sobre o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90 - CDC), a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85 - LACP) e o Código de Processo Civil (Lei nº 5869/73 - CPC) – e da Constituição da República, respectivamente, e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, principalmente porque essa unidade da federação é a mais populosa do país<sup>1</sup> e, presumivelmente, tem mais consumidores; como consequência, muitos dos litígios relacionados a direito do consumidor se desenvolvem nesse estado, constituindo-se boa fonte de pesquisa.

Também utilizaremos a nossa experiência adquirida na advocacia de contencioso, o que nos permite vivenciar na prática muitos dos dilemas e situações que se mostram boas fontes de debates jurídicos, como aquele que pretendemos abordar nesta dissertação, a qual está dividida em quatro capítulos, além da introdução, da conclusão e das referências.

O primeiro capítulo diz respeito ao princípio da efetividade processual. Nele abordaremos suas características, o moderno conceito de jurisdição, a evolução técnica e de valores do Código de Processo Civil (aplicável subsidiariamente às ações coletivas), o ativismo judicial e o correlato princípio da razoável duração do processo.

O segundo capítulo trata das ações coletivas, demonstrando a origem e a evolução do instituto, a sua importância para o país, as principais características que as distinguem das ações individuais (quanto à coisa julgada e à legitimidade ativa) e ainda a existência do microssistema de ações coletivas.

O terceiro capítulo delimita os conceitos de consumidor e fornecedor e aborda a relevância econômica e social da relação de consumo para o Brasil, além da indisponibilidade do direito coletivo do consumidor.

O quarto capítulo estabelece a ligação entre os três anteriores, pretendendo, sem exaurir o tema, sugerir a esperada conduta do juiz em cada uma das fases da ação coletiva, a saber, postulatória, de saneamento, instrutória, decisória, recursal e executiva,

---

<sup>1</sup> Conforme informação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/en/voce-sabia/curiosidades/estados-mais-populosos>>. Acesso em: 28 jul. 2013.

inclusive com base nos princípios que costumam pautar a atuação judicial, com destaque para os princípios da demanda, do dispositivo, da congruência e do impulso oficial.

## 1 EFETIVIDADE PROCESSUAL

### 1.1 A efetividade processual e o moderno conceito de jurisdição

Optamos por iniciar esta dissertação com o tema que, a nosso ver, justifica e serve de objetivo para a atuação do Poder Judiciário em qualquer tipo de processo, especialmente naqueles relacionados a direitos ou interesses<sup>2</sup> coletivos e, em particular, aos do consumidor: a efetividade processual.

A efetividade processual pode ser conceituada como a completa, concreta e satisfatória realização, pelo processo, do direito substancial pronunciado pelo magistrado. Trata-se, na realidade, da função de jurisdição sob a sua concepção moderna, à qual não basta a existência de um processo e da figura do julgador aplicando a lei para assegurar que determinado direito está suficientemente tutelado. É preciso mais do que isso: é necessário implementar o direito no mundo real, em um prazo razoável, conforme exporemos mais adiante.

Não ignoramos e nem advogamos contra a autonomia do direito processual civil em relação ao direito material. Mas tampouco nos convencemos de que o processo deva ser indiferente a este. Ao contrário, é ainda mais relevante nas ações coletivas, diante de sua ampla repercussão social, que o processo (mediante o magistrado que o conduz) auxilie na real consecução do direito substancial buscado pelo órgão colegitimado ativo em prol dos consumidores, como forma de realização da justiça. Daí a nossa opção pelo tema.

---

<sup>2</sup> Com relação a serem direitos ou interesses, entendemos não haver relevância prática na discussão, inclusive porque o legislador prestigiou ambas as nomenclaturas. Vejamos, como exemplo, o conteúdo do *caput* do artigo 81 do CDC: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.” Todavia, vale apontar a origem dessa discussão, nas palavras de Elton Venturi (VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 44-45): “Uma prévia discussão inserida na análise conceitual das pretensões meta-individuais está relacionada com a sua afirmação como direitos subjetivos propriamente ditos. Explica-se: os diversos ordenamentos jurídicos, ao se depararem com a nova realidade imposta pela dimensão alçada pelas substanciais pretensões coletivas, comuns aos integrantes de toda a comunidade mas não imputáveis a ninguém, individualmente, não ousavam qualificá-las como autênticos direitos subjetivos, eis que refugiam às velhas fórmulas ou padrões segundo os quais eram estes até então descritos. Assim, na medida em que se revelava com toda a intensidade a insuficiência do tradicional conceito de direito subjetivo, comum passou a ser a utilização da expressão ‘interesses’, em vez de ‘direitos’, para substantivar as aspirações materiais que transcendessem as individuais. O preconceito quanto à qualificação de tais aspirações como efetivos direitos subjetivos deriva de justificativas de ordem subjetiva, objetiva e formal: subjetivamente, nega-se aos interesses meta-individuais a qualificação de direitos em virtude de ser impossível imputar uma titularidade individual e exclusiva a certas aspirações pertinentes a todo o corpo social ou parcela deste; objetiva e formalmente, a referida negativa se deve em função da natureza marcadamente extrapatrimonial das pretensões meta-individuais (na medida em que não são economicamente apropriáveis por ninguém, individualmente), sem expresse reconhecimento quanto à sua existência, até algum tempo atrás, por parte dos ordenamentos jurídicos.”

Nossa proposta de estudo justifica-se também pela crescente recorrência das menções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais acerca do princípio fundamental da efetividade, usualmente apontado, junto com o da duração razoável do processo, abordado mais adiante como os modernos princípios processuais.

Mas, para utilizarmos o adjetivo ‘modernos’, no sentido de serem atuais, julgamos conveniente apontarmos, mesmo rapidamente, a sua base de comparação, ou seja, os pressupostos clássicos do processo civil e a sua evolução ao ponto atual que defenderemos nesta dissertação.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>3</sup> credita o assento de nascimento do processo civil a Oskar Von Bülow, por conta da obra deste sobre as exceções e os pressupostos processuais, publicada na Alemanha, em 1868. Segundo o autor, embora Bethmann-Hollweg já tivesse acenado para o tema, foi Von Bülow quem causou uma revolução ao perceber e defender a existência de uma relação jurídica processual, portanto de direito público, progressiva e entre o juiz e as partes, pela qual o magistrado tem a concreta obrigação de decidir e realizar o direito, e as partes o dever de se submeterem ao comando.

Ainda conforme a lição de Dinamarco<sup>4</sup>, é natural que Von Bülow não tenha se desapegado completamente da dimensão em que se encontrava na época, tanto que defendeu a posição da unidade do ordenamento jurídico após a polêmica entre os romanistas alemães Bernhard Windscheid e Theodor Muther, travada nos anos de 1856 e 1857<sup>5</sup>, que acabou por despertar a doutrina para a existência de dois planos a observar: o substancial e o processual. Para Von Bülow, as regras contidas na lei apenas forneciam a trilha mais ou menos precisa para a formação da norma concreta, mas caberia apenas ao juiz produzi-la, ao completar o direito substancial.

Ou seja, na época, Von Bülow não reconhecia a plena distinção entre as atividades legislativa e jurisdicional, e a consequência disso seria praticamente que, enquanto não levado a juízo e decidido o conflito, não haveria direito, mas apenas interesses relevantes para o direito. O juiz, portanto, não apenas reconheceria, mas criaria o direito, algo de certa forma alinhado ao pensamento de Kelsen sobre a formação gradual do direito em sucessivas

---

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 65-67.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67-79.

<sup>5</sup> Enquanto Windscheid defendia que a ordem jurídica de Roma era um sistema de *actiones*, não de direitos, e que a estes só se chegava por meio daquelas, Muther defendia que a função do *proetor* romano era meramente recognitiva ou interpretativa de um direito já formado.

etapas (norma fundamental, Constituição, lei, decreto, negócio jurídico, sentença e execução), cada uma como pressuposto da seguinte e execução da precedente.

Dinamarco<sup>6</sup> indica que a tese unitária alcançou prestígio entre processualistas italianos. Mortara foi o precursor, seguido por Capograssi e muitos outros, e influenciou inclusive Calamandrei, Carnelutti e Ascarelli, para quem o objeto de interpretação pelo juiz não é a norma, mas o texto, que, interpretado, leva à norma. Do lado oposto, Chiovenda e Liebman sempre adotaram posturas que se coadunam com a tese dualista.

Para Chiovenda, ação e obrigação são dois direitos distintos, e o escopo do processo é a atuação da vontade concreta da lei:

Azione ed obbligazione (...) sono dunque due diritti soggettivi distinti, che *insieme uniti* soltanto coprono pienamente la volontà concreta di legge che diciamo diritto obbiettivo. L'azione non è una cosa sola coll' obbligazione, non è il mezzo per attuare l'obbligazione, non è l' obbligazione nella sua tendenza all' attuazione, nè um effete dell' obbligazione, nè è *un elemento* nè *una funzione* del diritto soggettivo: ma um diritto distinto ed autonomo, che nasce e può estinguersi indipendentemente dall'obbligazione (...); che tende ad un effetto giuridico e non alla prestazione (...) Oggetto del processo – Da quanto precede risulta che *oggetto del processo è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione, cioè l'azione*<sup>7</sup>.

Liebman<sup>8</sup>, por sua vez, defendeu que a dimensão social do direito reside justamente na força vinculante de suas normas, e seria decepcionante o entendimento de que o Poder Legislativo só se presta a escrever na água, o que aconteceria se a validade da norma dependesse de sua obediência, cessando-lhe a eficácia se ao particular a norma não agradasse.

Essa independência do processo quanto ao direito material tutelado, já perfeitamente formado e exigível, significaria então que, uma vez proclamado tal direito, estaria exaurida a função do julgador, ainda que não tenha modificado o cenário fático das partes litigantes para adaptá-lo ao comando judicial? Evidentemente não.

É por isso que, apesar de nos filiarmos à posição dualista em questão, por entendermos que o magistrado não produz a norma, mas a interpreta e aplica ao caso concreto, defendemos justamente que o juiz deve escolher, dentre as normas relacionadas a determinada matéria judicializada, aquela que mais facilmente alcançará o cumprimento da

---

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72-75.

<sup>7</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile** – Le azione. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p. 47; 83.

<sup>8</sup> Conforme DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 72-75.



obrigação de direito material buscada e gerará o resultado esperado pelo jurisdicionado. O direito processual independe do material, isso já está claro, mas sem este aquele não tem razão de existir<sup>9</sup>.

Assim, ao decidir a lide com a aplicação da norma já existente e vinculante, o magistrado deverá tomar todas as providências necessárias para que isso aconteça em prazo razoável e, também (mas não somente) por conta disso, da maneira mais efetiva (isto é, completa, concreta e satisfatória) possível. Somente assim poder-se-ia afirmar a realização de uma atividade jurisdicional completa.

Com efeito, de nada adianta à jurisdição apenas dizer o direito e lavar as mãos quanto às consequências disso. A sociedade evoluiu e modificaram-se as razões de demandar e as expectativas dos jurisdicionados sobre o Poder Judiciário. Conforme explica Luiz Guilherme Marinoni:

Hoje, para as necessidades de tutela do direito material pouco serve dizer qual das partes possui direito ou, em outros termos, a declaração – ‘metal’ que, segundo a doutrina clássica, deveria bastar para dar liga às sentenças voltadas a solucionar os vários casos conflitivos. Em razão de aspectos que fazem parte da sociologia forense e que se ligam à natureza das tutelas jurisdicionais dos direitos atualmente reclamadas perante o Poder Judiciário, é preciso, mais do que nunca, tornar concretos os enunciados das sentenças que, embora dizendo quem possui o direito, ficam na dependência da vontade da parte vencida.<sup>10</sup>

De fato, disseminou-se na literatura jurídica, especialmente na última década do século XX, e na primeira do século XXI, a percepção de que não bastaria ao juiz pronunciar o direito, agindo como mera *bouche de la loi*, devendo concretizá-lo para completar a sua atividade jurisdicional<sup>11</sup>. Para isso, estariam à disposição do juiz tantos

---

<sup>9</sup> Conforme aponta Rodrigo Reis Mazzei, “já é mais do que o momento de conscientização na comunidade jurídica de que entre o Direito Material e o Processual existe uma interdependência, devendo ser afastada aquela idéia de outrora de ciências absolutamente distintas, sem convergência. A fase autonomista, nada obstante os inegáveis avanços científicos no estudo do Direito Processual Civil, acabou por, involuntariamente, criar um vácuo dessa visão conjunta do direito material/processual que o estudioso do direito deve – sempre – ter. A negativa quanto à interação entre o Direito Material e o Direito Processual não sobrevive a atento passeio no Código de Processo Civil. Basta lembrarmos dos Procedimentos Especiais (Livro IV, CPC) que, pela peculiaridade do direito material, não se enquadram no esquadro comum do processo de conhecimento, justificando a criação de nova válvula procedimental específica para a relação jurídica material.” (MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao código civil brasileiro** – Parte geral (Arts. 1º a 103). v.1. ALVIM, Arruda; ALVIM, Therez. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. XCVI-XCVII)

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários à execução civil**: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). (Apresentação). ARMELIN, Donaldo; BONÍCIO, Marcelo J.M.; CIANCI, Mirna; QUARTIER, Rita. São Paulo: Saraiva, 2008. p.VII.

<sup>11</sup> Nesse sentido, também Cândido Rangel Dinamarco aponta: “No processo civil moderno ressaltam-se os poderes do juiz, endereçados a fazer cumprir rigorosamente suas decisões, sob pena de o exercício do poder ficar

instrumentos processuais coercitivos quantos forem necessários para o cumprimento de suas determinações, utilizando-se dos valores-ideias de efetividade e instrumentalidade louvados por Arruda Alvim<sup>12</sup>, sempre em um processo com duração razoável.

Para alguns, a necessidade de se assegurar a efetividade processual decorre da inafastabilidade do controle jurisdicional, conforme entende Patricia Miranda Pizzol<sup>13</sup>:

Não basta, porém, que seja garantida a todos a tutela jurisdicional dos direitos que a ordem jurídica lhes confere. É necessário que se garanta também a efetividade na prestação dessa tutela. Foi com esse objetivo que o legislador previu expressamente a possibilidade de serem utilizadas todas as espécies de ação para a defesa dos direitos e interesses coletivos (na verdade, já se poderia depreender essa conclusão do próprio texto constitucional, sem que precisasse o legislador infraconstitucional ter se preocupado com isso).

Também nessa linha, em obra sobre a tutela coletiva, Sérgio Seiji Shimura<sup>14</sup> afirma que

não basta o reconhecimento judicial do direito lesado, com a aplicação da respectiva sanção, como mera exortação ou aconselhamento ao cumprimento da prestação devida. Por vezes, o que realmente importa é a concretização do direito previsto abstratamente no ordenamento e a atuação coativa do direito. A condenação no plano abstrato não atinge o desiderato previsto na Constituição Federal, quando consagra o efetivo acesso à justiça e a garantia aos direitos individuais e sociais. Não obstante o avanço e o arsenal de instrumentos já positivados, é preciso seguir adiante, principalmente com a mudança de cultura e postura de todos aqueles que fazem do direito um amplo instrumento de acesso à justiça, não simplesmente de ingresso ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, o magistrado é peça fundamental para o resguardo do direito do consumidor em prazo razoável.

Não faria mesmo sentido que a Constituição da República, ao garantir acesso à justiça, estivesse se referindo à mera possibilidade abstrata de alguém propor uma ação judicial para a defesa de interesses individuais ou coletivos. Certamente, iniciar um processo,

---

truncado – decidindo mas não impondo a efetivação do decidido (...) No direito moderno a solução de conflitos pelo Estado não inclui somente o *dizer o direito*: inclui também os atos com que, independentemente da vontade do obrigado ou mesmo contra sua vontade manifesta, o juiz propicia ao credor a efetiva obtenção do bem sonhado.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.38; 323).

<sup>12</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós - Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. **Revista de Processo** nº 97, ano 25, jan./mar. 2000. São Paulo: RT, 2000, p.54.

<sup>13</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.160.

<sup>14</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p.20-21.

mas não ver concretizada a tutela pretendida, não pode significar ter havido pleno acesso à justiça, até porque nada de justo há em não se conceder a tutela jurisdicional ao titular do direito violado ou ameaçado (ou àquele que aparenta sê-lo, à luz do processo) que se socorreu do Poder Judiciário ante a vedação, ressalvadas poucas exceções – da autotutela. Na lição de Regina Vera Villas Bôas,

de nada adiantam bons textos de leis e bons intérpretes de textos, se na ocasião da efetiva aplicação das expressões jurídicas não se cumprem as finalidades do direito. A teleologia das leis deve ser desenvolvida e aplicada em prol do bem comum, em prol da pessoa humana, do ambiente, da ética humana<sup>15</sup>.

Da mesma forma, prever um direito na Constituição da República (tal como o do consumidor) e exaltar a sua relevância para a sociedade sem assegurar armas suficientes para a sua efetivação é paradoxo que não se pode supor tenha sido cometido pelo legislador constituinte.

Assim, a Constituição da República e as leis referentes aos direitos coletivos em geral, e aos processos pelos quais estes são tutelados, não podem ser lidas e interpretadas a partir de uma visão estreita, mas levando em conta os direitos substanciais da sociedade massificada de consumidores que necessita de tutela jurisdicional completa, permitindo-se a sua defesa ilimitada e vedando-se que argumentos processuais sanáveis impeçam atingir o direito material tutelado. Caso contrário, o próprio conceito de processo precisaria ser invertido: de instrumento para viabilizar direitos materiais para instrumento para inviabilizá-los, o que seria um despropósito.

Em sua clássica obra jurídica, Mauro Cappelletti e Bryant Garth já apontavam que a expressão “acesso à justiça”, embora de difícil definição, determina duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, este deve ser acessível a todos, e depois ele deve produzir resultados individual e socialmente justos. E cravam, logo ao início: “Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça”<sup>16</sup>.

Afinado com esse entendimento, ensina José Roberto dos Santos Bedaque,

---

<sup>15</sup> VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Visão difusa do direito**: vieses da sua complexidade através de um olhar **sistêmico**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 20.

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.8.

para conferir ao processo a natureza de instrumento eficaz de acesso à justiça, não basta assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização desse método de solução de litígios. Exige-se a viabilização de determinado resultado, representado pela efetividade da proteção judicial, com a consequente manutenção do ordenamento constitucional e infraconstitucional. Trata-se do acesso à ordem jurídica justa mediante a tutela jurisdicional, a que se refere prestigiosa doutrina nacional<sup>17</sup>.

Kazuo Watanabe menciona que os estudos em busca da efetividade são desenvolvidos sob duas perspectivas (do direito processual e do material) e desembocam no mesmo estuário, mas ainda não se harmonizam por completo, tal como os famosos rios cujas águas têm cores diferentes entre si e, após o encontro, correm em paralelo por longa distância até se misturarem por completo<sup>18</sup>.

Quando um coletivado propõe uma ação coletiva de proteção ao direito do consumidor, esta precisa caminhar em direção segura e com agilidade. Trata-se de obediência ao direito de proteção ao consumidor garantido constitucionalmente, pilar da atividade econômica, que não pode ser relegado por nenhum dos Poderes do Estado, incluindo-se o Judiciário, sob risco não apenas de serem infringidos interesses de vulneráveis, mas de gerar desprestígio ao processo coletivo.

Se os fornecedores de produtos e serviços observarem que o Estado – em qualquer de suas esferas, inclusive por intermédio do juiz – está atento às ilegalidades por eles cometidas e estas serão corrigidas e/ou punidas efetivamente, tendem a melhorar as suas práticas cotidianas, gerando um ciclo virtuoso de menos infrações ao direito do consumidor, menos processos individuais e coletivos e menos carga de trabalho ao já assoberbado Poder Judiciário.

Por outro lado, quanto mais os consumidores puderem confiar em seus fornecedores e quanto maior for o atendimento por estes dos direitos daqueles, menos receio terão de estabelecer relações de consumo. Isso fará com que o próprio mercado evolua, gerando reflexos positivos para a economia. Por isso a efetividade do processo é fundamental.

---

<sup>17</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do Direito Material sobre o Processo. 6.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 61-62.

<sup>18</sup> E continua, páginas à frente: “Ambas as perspectivas são igualmente relevantes. Devem mesmo constituir-se num método de pensamento unitário, de modo que se atinja, pelos esforços concêntricos partidos de ambos os pólos, o objetivo comum, que é o de tutela efetiva de todos os direitos. Se de um lado há exigências próprias do direito material por uma adequada tutela, há de outro as técnicas e soluções específicas do direito processual, não somente quanto à natureza do provimento (aqui o ponto de maior aderência ao reclamo do direito material), como também no tocante à duração do processo, à eventual antecipação de tutela, à intensidade e amplitude da cognição, e a muitos outros aspectos. Necessário é, bem por isso, que as ‘águas’ se misturem de todo...” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. atualizada. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, p.21-25).

Quando a confiança do consumidor não for retribuída, o Estado deve assegurar os correspondentes resultados práticos inibidos pelo ato ilícito realizado pelo fornecedor<sup>19</sup>.

Entretanto, como em praticamente qualquer tema de direito, há quem discorde da corrente majoritária ilustrada pelos doutrinadores referidos e não conceda à efetividade uma importância proeminente no mundo jurídico. Com essa visão, J.J. Calmon de Passos<sup>20</sup> diz que direito é linguagem, e só existe depois de pronunciado e enquanto pronunciado; efetividade nem mesmo seria valor, mas apenas uma qualidade de algo que se deseja ver capaz de produzir efeitos, de forma que não deveria nortear a atividade jurisdicional.

Ainda assim, essa parece ser uma posição minoritária, especialmente diante da crescente demonstração do impacto da ausência de efetividade e duração razoável do processo no mercado.

Se a falta de efetividade das decisões judiciais é prejudicial até mesmo a grandes sociedades reconhecidamente lucrativas, como, por exemplo, instituições financeiras, que precisam aumentar o *spread* de juros em função das dificuldades de cobrança de seus créditos, não é difícil imaginar o impacto exercido sobre milhares ou milhões de consumidores vulneráveis que dependem do desfecho de ações coletivas para efetivarem seus direitos.

---

<sup>19</sup> Conforme já tivemos a oportunidade de apontar em artigo específico sobre a confiança do consumidor: “A violação das expectativas depositadas por um contratante sobre o outro concretiza o risco e normalmente gera o que Leslie Amendolara denomina *dano de confiança*, conceituado como o ‘prejuízo sofrido por alguém em razão de ter confiado na sinceridade de uma pessoa para realização de um negócio que depois o desfz sem menores considerações e justificativas’. Por sua vez, o incremento do mercado consumidor traz consigo um aumento na gama de produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, estes carregados de novos possíveis riscos e danos, perpetuando-se a *espiral da incerteza*. Portanto, se os riscos equivalem a incertezas, quanto mais confiança as pessoas e instituições depositarem entre si, e quanto mais honrada for essa confiança – mediante o cumprimento espontâneo de expectativas e obrigações ou a imposição legal ou judicial desse cumprimento –, menos incertezas e menos riscos haverá. Consequentemente, tornam-se muito prováveis a diminuição do medo em geral e o aumento do bem-estar do cidadão. Prestígio da confiança e risco ou ao menos a sensação de risco são, assim, inversamente proporcionais: quanto mais houver de um, menos haverá do outro, como nos dois lados de uma ampulheta (...) Se o consumidor puder adquirir produto ou serviço sem a preocupação do adimplemento das obrigações do fornecedor – nos sentidos de entrega do que foi prometido, de qualidade e conformidade do produto ou serviço, segurança na sua utilização, etc. –, ele provavelmente o fará com muito mais assiduidade por perceber a mitigação de riscos.” (GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. **Revista de Direito Privado** nº47, set-dez. de 2011, p.453- 472).

<sup>20</sup> “Pior a efetividade que nem é valor, é apenas uma qualidade de algo que se deseja ver capaz de produzir efeitos, vale dizer, interferir na dura Natureza. Então a efetividade é moralmente neutra, cega e indiferente ao justo e ao injusto, ao lícito e ao ilícito, ao útil ou ao nocivo, etc. Daí parecer-me a efetividade como certas mulheres que não escolhem parceiro nem procedimento, contanto que sejam adequadamente remuneradas.(...) Outra novidade notável é a consagração do valor dado ao Tempo (vivemos o instante histórico da ‘fulguração’) com a canonização do princípio (?) da celeridade e ao útil (Lei de Gerson) colocando no altar a efetividade.” (PASSOS, J.J. Calmon de. Considerações de um cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: **Tendências do moderno processo civil brasileiro**. Aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias. Coordenadores Lúcio Delfino...[et al.]. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 399-390).

Não por outro motivo, a efetividade tem sido reiteradamente suscitada em decisões do STJ em ações coletivas relacionadas a lides de consumo, como se exemplifica pelos precedentes a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL PARA AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO. SÚMULA 150/STF. É A LEI QUE DEFINE QUAL O PRAZO PRESCRICIONAL INCIDENTE À PRETENSÃO DEDUZIDA EM JUÍZO, NÃO A SENTENÇA. COISA JULGADA MATERIAL.

1. As ações civis públicas, ao tutelarem indiretamente direitos individuais homogêneos, viabilizam uma prestação jurisdicional de maior efetividade a toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.

2. Assim, em face do escopo jurídico e social das ações civis públicas na tutela dos direitos individuais homogêneos, busca-se reconhecer, por meio dessas ações, o evento factual gerador comum, do qual decorrem pretensões indenizatórias massificadas, a fim de facilitar a defesa do consumidor em Juízo, com acesso pleno aos órgãos judiciários.

(...) 7. O prazo prescricional não decorre de um direito novo nascido na sentença ou de uma espécie de "novação judiciária". A sentença apenas reconhece um direito existente e, mediante a formação de um título executivo, propicia a satisfação coercitiva do direito reconhecido.

(...) 10. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 122.031/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 14/05/2012)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TUTELA COLETIVA. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO. CONTRATANTES IDENTIFICADOS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. CABIMENTO. LAUDO QUE DEVE CONSIDERAR CADA UM DOS CONTRATOS.

(...) 2. O Ministério Público tem legitimidade subsidiária para a liquidação e execução da sentença coletiva, caso não haja habilitação por parte dos beneficiários, nos termos do art. 100 do CDC.

3. Se o título executivo não prevê indenização estimada e possui os critérios para a liquidação e tendo em vista a identificação dos beneficiários, a liquidação deve levar em conta cada um dos contratos. No caso, pode ser realizada por arbitramento, de modo a se atingir a efetividade e celeridade da tutela coletiva, aliadas ao cumprimento do previso (sic) no título.

4. A reparação fluída (fluid recovery) é utilizada em situações nas quais os beneficiários do dano não são identificáveis, o prejuízo é individualmente irrelevante e globalmente relevante e, subsidiariamente, caso não haja habilitação dos beneficiários.

5. Recurso parcialmente provido, com base no voto-médio. (STJ, REsp 1187632/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 06/06/2013)

Assim, este trabalho parte do pressuposto de que a almejada efetividade processual recomenda uma adaptação de todos os operadores de direito, especialmente membros do Poder Judiciário, quando à luz de processos coletivos, os quais ainda não mereceram do legislador um cuidado tão específico como o ocorrido em relação aos processos individuais.

Entendemos que todo o sistema de proteção ao direito do consumidor, e deste naturalmente não se exclui a atuação do Poder Judiciário quando defrontado com uma ação coletiva dessa natureza, deve atuar sob o enfoque da efetividade. E é exatamente sob essa ótica que nossa pesquisa irá se desenvolver.

## 1.2 Duração razoável do processo

O conceito de razoável duração do processo é vago, e muitas vezes equiparado a “celeridade”. Contudo, a mera rapidez do procedimento não parece refletir o âmago do propósito do legislador. Não necessariamente algo rápido é algo bom e suficiente, devendo o tempo de duração do processo equivaler à sua complexidade e às suas demais particularidades. Daí pensarmos ser conveniente o termo “razoabilidade” em vez de “celeridade” quanto ao tempo de duração do processo. No entendimento de José Augusto Delgado, o conceito em questão

há de ser entendido dentro de um panorama de razoabilidade e considerando-se a complexidade da causa. Está outorgada ao juiz, portanto, a função de dominar o tempo de acordo com a sua compreensão e vinculado à realidade construída pelas fases processuais. Passa a ser de suas responsabilidades adotar medidas judiciais com o fim de garantir a realização de atos processuais no menor tempo possível, sem prejuízo da garantia dos princípios do devido processo legal<sup>21</sup>.

Já na lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco<sup>22</sup>, com a qual concordamos, três critérios devem ser considerados para determinar a duração razoável do processo: 1) complexidade do assunto sob litígio; 2)

---

<sup>21</sup> DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 279.

<sup>22</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 93.

comportamento dos litigantes; 3) atuação do órgão jurisdicional. A partir destes, ressaltam os doutrinadores que o descumprimento da regra do direito ao justo processo em prazo razoável pode levar o Estado inadimplente a ser apenado pela Comissão e a Corte Americanas dos Direitos do Homem.

Apesar de efetividade e duração razoável do processo serem princípios normalmente tratados em conjunto, não se equivalem (embora se complementem), porque

efetividade não pode ser sinônimo de agilidade...ela engloba algo maior, que resgata conceitos *chiovendianos*, os quais, se por um lado e na prática podem soar por vezes utópicos, servem por outro lado como referencial: o processo torna-se inútil se não for para, na medida do possível...entregar ao detentor de um direito material o que redundaria do cumprimento voluntário da obrigação. Logo, não nos parece certo identificar efetividade com respostas rápidas, mas incorretas. Efetividade deve ser o vértice entre dois vetores que se coadunam: qualidade no resultado da tutela jurisdicional e presteza na sua entrega<sup>23</sup>.

Ainda assim, para a mais plena realização do direito, a jurisdição deve ser prestada em processo com duração razoável, consubstanciando princípio prestigiado na Constituição da República pela Emenda nº 45/2004, que lhe acrescentou o inciso LXXVIII do artigo 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Patricia Miranda Pizzol<sup>24</sup> aponta ser bem-vinda a intenção de reforçar a necessidade de razoável duração do processo, mas lembra que esse princípio já decorria do pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário e promulgou internamente pelo Decreto nº 678, de 6.11.1992, incorporando-o à ordem jurídica também em função do §2º do artigo 5º da Constituição da República.

Com efeito, os artigos 7º (Direito à liberdade pessoal) e 8º (Garantias judiciais), dispõem respectivamente:

Artigo 7º - 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a

---

<sup>23</sup> PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p.186.

<sup>24</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: RT, 2006, p.87.



exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Artigo 8º- 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por sua vez, o artigo 25 (Proteção judicial), inclui o seguinte comando:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Ademais, o próprio artigo 125, II do Código de Processo Civil já previa que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições daquela Lei, “competindo-lhe velar pela rápida solução do litígio”.

A busca pela razoabilidade do prazo da prestação jurisdicional parece cada vez mais justificar (com o respaldo da jurisprudência dos tribunais superiores<sup>25</sup>) a superação de

---

<sup>25</sup> “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULGAMENTO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar nº 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

V - Ordem denegada.”

Trecho do voto do Min. Relator RICARDO LEWANDOWSKI: “Lembro, ainda, por oportuno, que a Emenda Constitucional 45/2004, dentre outras inovações, assegurou a todos os jurisdicionados a duração razoável do processo e determinou a distribuição imediata dos feitos ajuizados em todos os foros e tribunais do país.” (STF HC 96.821, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 08/04/2010, DJe 25/06/2010).

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. 1) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS APÓS A CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. RECONHECIMENTO DE OCORRÊNCIA DE ERRO MATERIAL, CONSISTENTE EM TOMADA DE GUIA DE DEPÓSITO PARCIAL, DENOMINADO ELISIVO, COMO SE FOSSE DEPÓSITO EM PAGAMENTO DA EXECUÇÃO, E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, PREJUDICADO O EXAME DA SENTENÇA DE EMBARGOS DA DEVEDORA. INQUESTIONABILIDADE DO FATO DO ERRO; 2) NULIDADE,

questões formais outrora consideradas insanáveis e também a constância da concessão de medidas liminares, seja com caráter cautelar ou de antecipação de tutela. Ademais, a experiência da advocacia mostra que, por se reconhecer a morosidade judicial, grande parte das ações inclui pedido liminar, muitas vezes justificável em razão da demora para a conclusão de um julgamento, embora esse dano marginal não devesse isoladamente justificar um provimento de urgência<sup>26</sup>.

É natural esse aumento da quantidade de medidas liminares requeridas e deferidas, afinal, boa parte das lides coletivas têm fundamento em direitos inalienáveis como aqueles de proteção do consumidor, ou em direitos patrimoniais. E nesse caso, o tempo da

---

REFERENTE A COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL AFASTADA, ANTE A ABSOLUTA ESPECIFICIDADE DO CASO, POR RELATIVIZADA EM ATENÇÃO À EVIDENTE OCORRÊNCIA DO ERRO E À OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.

DEMANDA QUE REMONTA A AÇÃO DECLARATÓRIA INICIADA NO ANO DE 1988; 3) ALEGAÇÃO DE NULIDADE, FUNDADA EM FALTA DE MANIFESTAÇÃO FORMAL DE REVISOR, AFASTADA, DADAS AS MESMAS PECULIARIDADES DO CASO E INCIDÊNCIA DOS MESMOS PRINCÍPIOS, ACRESCIDOS DA FALTA DE PREJUÍZO;

4) MESCLA DE SENTENÇA DE AÇÃO DECLARATÓRIA E EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRA-JUDICIAL, DIANTE DA QUAL SE PRESERVA A EXEQUIBILIDADE; 5) LIQUIDEZ DE TÍTULO EXECUTIVO PROCLAMADA PELO TRIBUNAL "A QUO" . REVISÃO IMPOSSÍVEL, POR SE TRATAR DE MATÉRIA FÁTICA (SÚMULA 7/STJ); 6) CÁLCULOS NECESSÁRIOS AO DESLINDE DE VALORES A SEREM REALIZADOS NA ORIGEM. 7) RECURSO ESPECIAL DA DEVEDORA IMPROVIDO.

1.- O reconhecimento de erro material evidente e inquestionado, consistente na tomada de guia de depósito elisivo parcial como se fosse depósito em pagamento, e conseqüente extinção do processo de execução pelo pagamento, deve ser mantido, nas estritas especificidades do caso, cujo início remonta ao ano de 1988, em atenção aos princípios da duração razoável do processo e da instrumentalidade processual.

2.- Nulidade relativa a coisa julgada formal e material afastada, pelos fundamentos constantes do item anterior.

3.- A falta de manifestação de Revisor e sem prévia inclusão em pauta, no julgamento de Embargos de Declaração apreciados em virtude de determinação anterior desta Corte, segundo o regramento do Código de Processo Civil, e especialmente no caso, não geram nulidade, inclusive em atenção aos princípios da duração razoável do processo e da instrumentalidade processual, seja pela evidente falta de prejuízo, bem como ao regramento do Código de Processo Civil .

4.- O caso mescla sentença de ação meramente declaratória, desprovida de execução salvo a própria sucumbência, e título de dívida líquida (CPC, art. 585, II), de modo que a sentença da declaratória serve, ancilarmente, ao mesmo título, ajuntando, o processo, pois, o fato do débito titulado, como constante dos Acórdãos da origem e de Acórdão anterior desta Corte, em que se determinou a complementação do julgamento na origem.

5.- Ademais, a discussão relativa à liquidez ou iliquidez executiva do título executivo apresentado remete, no caso concreto, à matéria fático-probatória cujo exame não cabe em sede de recurso especial a teor do que dispõe a Súmula 07/STJ.

6.- Cálculos relativos ao "quantum" devido, que devem ser realizados no Juízo de origem.

7.- Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 1134462/CE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012) .

<sup>26</sup>O artigo 275 do Anteprojeto de Lei do novo Código de Processo Civil prevê tramitação prioritária do processo em que tiver sido concedida tutela de urgência ou evidência, contribuindo ainda mais para a celeridade e a efetividade do processo, e o artigo 273 do mesmo Anteprojeto, relacionado às tutelas de urgência e evidência, dispõe que: “A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório, no que couber” (sic).

atual economia é o tempo real, o tempo da simultaneidade, que requer uma atuação imediata do Poder Judiciário para evitar perecimento de direitos.

No tocante às ações coletivas, especialmente àquelas referentes a direito do consumidor, a medida liminar pode assegurar, exemplificativamente, uma obrigação de fazer ou de não fazer essencial à preservação dos interesses sociais tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, justificando igualmente a urgência do comando requerido, muitas vezes para garantir a segurança de determinado produto ou serviço oferecido ao mercado. Conforme Sérgio Seiji Shimura<sup>27</sup>

(...) justiça tardia, no mais das vezes, encerra injustiça. Se o mundo evolui e se transforma, a justiça precisa acompanhar esse desenvolvimento, a fim de que a mesma se torne eficiente, produtiva e principalmente confiável. Na sociedade de hoje, industrializada, globalizada, massificada, tudo muda com grande velocidade, a ponto de qualquer tempo perdido ensejar prejuízos de monta, e, em muitos casos, de modo irreversível. Uma demanda que perdure por longos anos é prejudicial para todos, máxime para aqueles protegidos pelo direito. Os problemas são inúmeros: de um lado, a falta de material, pessoal, recursos financeiros, e de outro lado, o volume enorme de feitos, produto de um mundo cada vez mais complexo em suas relações. Tudo redundando em um mesmo ponto, qual seja, a morosidade.

Nesse ponto recorreremos à lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>28</sup>, que indicam o tempo como um dos maiores obstáculos ao acesso efetivo à justiça, e lembram que a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, no seu artigo 6º, §1º, que a Justiça que não cumpre suas funções em um prazo razoável simplesmente se torna uma Justiça inacessível para muitas pessoas.

Esse dispositivo legal também é lembrado pelo professor espanhol José Almagro Nosete<sup>29</sup>, que há três décadas já indicava a duração razoável do processo como um ponto fulcral para a boa administração da justiça e constante preocupação do legislador processual:

El tema de la abusiva duración del proceso siempre fue causa de críticas y no hay un solo intento reformista que no tienda a remediar, entre otros, este mal. (...) todos, absolutamente todos, tenemos conciencia de que nuestra justicia civil no marcha con la celeridad mínima exigible, que la máquina de

<sup>27</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. 3.ed.São Paulo: RT, 2005, p. 25-26.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.20-21.

<sup>29</sup> NOSETE, José Almagro. Garantías constitucionales del proceso civil. In: RAMOS, Francisco (edición). **Para un proceso civil eficaz**. Barcelona: Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.32.

la justicia chirría angustiosamente y que la aventura de pleitear es peligrosa osadía, pese a la necesidad de hacer valer los derechos ante los tribunales, lo que justifica composiciones inicuas, antes que someterse a uma incierta y exasperante espera. Hay que romper con este círculo vicioso. Y establecer preceptos claros que atajen el mal, sin complicidades tácitas entre abogados y jueces, sin subterfugios válidos para el caso concreto.

É claro que o processo não pode ser agilizado a qualquer custo. De nada adianta um julgamento ser rápido se não tiver qualquer efetividade, ou se violar direitos da contraparte de forma a ensejar nulidades processuais e perda de tempo com o retorno do processo a um estágio anterior para caminhar corretamente.

Mas também, pouco adianta um julgamento ser correto se ele tarda. Muito dificilmente haveria efetividade em um processo coletivo lento, face às suas especificidades (daí a nossa opção por nos referirmos à razoável duração do processo no capítulo desta dissertação sobre a efetividade processual). O magistrado deve ter isso em mente no seu cotidiano, precisa criar mecanismos eficientes para o seu trabalho e o dos servidores das respectivas varas, embora seja sabido o volume avassalador de trabalho sobre a média dos juízes brasileiros.

Por esse motivo, seriam muito bem-vindas varas especializadas no julgamento de ações coletivas ou em ações relacionadas ao direito do consumidor. A experiência de varas de primeira instância e câmaras de tribunais dedicadas ao julgamento de determinadas matérias tem sido muito interessante em alguns locais do Brasil, inclusive em São Paulo, onde o foro central da capital possui varas especializadas em falências e recuperações judiciais e extrajudiciais, e o Tribunal de Justiça reservou duas câmaras aos julgamentos de recursos oriundos de lides empresariais.

Isso não apenas agilizaria julgamentos, mas também contribuiria para pacificar decisões sobre certas demandas repetitivas e aumentar o grau de previsibilidade e de segurança jurídica do Poder Judiciário.

### **1.3. As reformas do Código de Processo Civil em busca da efetividade**

Analisando-se a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973, aplicável subsidiariamente nos processos coletivos por força do disposto nos artigos 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 do Código de Defesa do Consumidor – e daí nossa opção por realizar esta parte do estudo –, depreende-se que algumas aflições já afetavam a sociedade da época.

Assim, exemplificativamente, Alfredo Buzaid, então Ministro da Justiça e um dos mentores daquele código, expôs:

Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça.<sup>30</sup>

Apesar desse clamor pela célere concretização da justiça, fato é que o Código de Processo Civil, na sua original concepção de 1973, ainda não havia disponibilizado aos operadores de direito os meios necessários para tanto. Apenas para mencionarmos algumas das principais carências de então, relembramos a separação entre a cognição e a execução da sentença judicial, a qual demandava nova ação e, conseqüentemente, citação, amplo procedimento etc, dilatando a satisfação concreta do direito. Esse procedimento adquiria contornos ainda mais dramáticos por não haver originalmente a previsão legal do instituto da tutela antecipada, tão importante nas ações coletivas atuais, especialmente para evitar danos de difícil reparação.

Consideramos essa antiga falta de sincretismo processual um dos mais emblemáticos entraves para a consecução da efetividade defendida no nosso estudo, daí o seu destaque. A necessidade de se iniciar um novo processo para concretizar uma decisão judicial de forma completa e satisfatória demonstra como é ultrapassado um conceito de jurisdição pelo qual cabe ao magistrado somente dizer o direito, sem se preocupar com o impacto de sua atuação na prática. Em regra, corria-se o risco de se considerar que a jurisdição havia sido prestada de forma completa mesmo se o credor de determinada quantia objeto de condenação por sentença em processo de conhecimento simplesmente não conseguisse encontrar o devedor para citá-lo do processo de execução, não podendo fazer valer seu direito e gerando nefasto descrédito ao Poder Judiciário.

Conforme doutrina Humberto Theodoro Júnior<sup>31</sup>,

tal como acontecera na Idade Média, a total submissão do cumprimento da sentença condenatória a uma nova e autônoma ação, provocou, na prática, uma frustração social, que, de várias maneiras o direito processual procurou contornar. Na Europa, as reformas adotaram o rumo da desjudicialização dos

---

<sup>30</sup> Disponível em: <[www.oabsa.org.br/novo/documentos/cod\\_proc\\_civil.pdf](http://www.oabsa.org.br/novo/documentos/cod_proc_civil.pdf)>. Acesso em: 9 mar. 2013.

<sup>31</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 25.ed. São Paulo: Leud, 2008, p.35-36.

atos executivos que, confiados a agentes administrativos ou parajudiciais, poderiam ser iniciados e encerrados sem a participação do juiz e da secretaria do juízo. Ao juiz ficaria reservado um controle eventual e a distância. Somente em casos de litígios incidentais, como os embargos, é que se daria a intervenção judicial (...).

Era necessário iniciar um movimento reformista das leis processuais, almejando a efetividade da justiça, explicitamente conclamada pela doutrina. Em artigo anterior às reformas mais significativas no processo de execução, Flávio Luiz Yarshell<sup>32</sup> apontava:

Já faz algum tempo que a doutrina processual civil, preocupada com a *efetividade* do processo e da jurisdição, tem dirigido críticas severas ao modelo brasileiro de tutela executiva dos direitos. De um modo geral, as críticas se voltam contra o próprio processo de execução, cuja *autonomia*, assentada no binômio condenação/execução, não é – para alguns talvez nunca tenha sido – apta a atingir, de forma adequada, os escopos da atividade jurisdicional, nessa seara.

Por isso, pouco tempo após a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, já se denotava ser ele insuficiente para garantir a efetividade processual, e as reformas das décadas de 1990 e 2000 decorreram da necessidade de melhoria na fluidez dos processos, com a busca da efetividade do instrumento como um meio para realizar o direito material em um prazo razoável.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: SHIMURA, Sergio Seiji; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord) **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001, p.381.

<sup>33</sup> Os reformistas optaram por utilizar uma técnica fragmentada para a efetivação das alterações legislativas processuais, preferindo fazê-las mediante diversas leis em vez de concentrá-las em lei única ou até mesmo em um novo projeto de Código de Processo Civil. Na época, o próprio Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Escola Paulista da Magistratura e um dos principais líderes das reformas, salientava a escolha dessa via em artigo de sua autoria: “Em sequência aos objetivos de aprimorar a legislação processual civil brasileira para dar-lhe mais efetividade, Comissão coordenada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual e pela Escola Nacional da Magistratura, após debates e colheita de sugestões e críticas, elaborou novas propostas, já encaminhadas ao Governo. Cuida-se dos anteprojetos 13, 14, 15 e 16 (em um primeiro momento, agrupados em um só, sob o n. 13, desdobrados posteriormente)...” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. **Revista de Processo**. nº 95, ano 24, jul./set. 1999). Mas a opção pela modificação do Código de Processo Civil aos poucos, mediante leis esparsas, acabou se tornando polêmica, demonstrando-se, na opinião de alguns, a opção errada para a reforma do sistema processual, por dificultar a interpretação do código de forma sistemática. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno menciona ser o Código de Processo Civil “um Código que não é mais, propriamente, Código”, e completa: “Justamente porque o que falta àquilo que chamamos, pelo hábito, pelo costume, de Código de Processo Civil, é unidade, coesão, sistematização, este ponto de partida das reflexões sobre o processo civil (os valores que a Constituição federal quer que sejam realizados pelo Estado-jurisdição em matéria civil), é, a esta altura, o verdadeiro norte, o fio condutor, que tem como emprestar uma sensação necessária de unidade aos trabalhos legislativos mais recentes, viabilizando sua escorreita aplicação” (BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XVIII).

Não apenas no Brasil houve um movimento para valorizar a atividade jurisdicional fundada nos princípios da efetividade e da celeridade (melhor tratada como duração razoável do processo, conforme exporemos posteriormente). O espírito e conteúdo da reforma italiana trazida com as profundas modificações da Lei nº 353, de 26.11.1990, foi justamente voltada para aumentar a celeridade procedimental e reduzir a duração entre o início do processo e a satisfação do direito lesado, além de introduzir mecanismos que assegurassem a efetividade da tutela jurisdicional<sup>34</sup>.

Inferre-se de diversos dispositivos legais inseridos no Código de Processo Civil brasileiro ou de leis processuais esparsas, como a Lei nº 9099/95, uma certa desburocratização ou facilitação do trâmite processual, especialmente nas causas menos complexas ou de menor valor envolvido<sup>35</sup>, com vista à efetividade e à razoável duração do processo. Essas características também podem e devem ser aproveitadas nos processos coletivos, nos quais se mostram ainda mais fundamentais em virtude do alcance da coisa julgada, conforme demonstraremos adiante, e pela importância dos direitos tutelados, especialmente os direitos do consumidor.

Tendo em vista que a efetividade (como satisfação do direito) se dá pela execução do julgado, começou-se a buscar exatamente a sincretização do processo, significando, basicamente, eliminar barreiras entre a fase cognitiva e a execução do comando, tornando-se desnecessário o início de uma nova ação para fazer valer a sentença, algo já relativizado nas ações coletivas para o aproveitamento individual das sentenças.

Poderia até ser visto como antecedente aos processos sincréticos e sintoma concreto da busca por efetividade da justiça o Mandado de Segurança, pelo fato de dispensar a propositura de uma nova ação para obter o resultado fático almejado. Prolatada uma decisão que concede segurança, simplesmente comunica-se o seu teor à autoridade respectiva para cumpri-la.

Todavia, a extinção mais clara da dualidade de processos cognição-execução foi trazida pela Lei nº 8.952/94, com a alteração do artigo 461 do Código de Processo Civil<sup>36</sup>,

---

<sup>34</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Diretrizes do novo processo civil italiano. **Revista de Processo** nº 69, ano 18, jan./mar.1993.

<sup>35</sup> Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, em texto de 1997, afirmava que “a Reforma buscou aproximar a solução da lide, no tempo, de modo que à parte o Poder Judiciário possa responder mais rápida e eficazmente...” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. A reforma do Código de Processo Civil – 2ª fase. **Revista de Processo** nº 87, ano 22, jul./set. 1997, p. 100).

<sup>36</sup> O atual conteúdo do referido artigo, após as modificações impostas pela Lei nº 10.444/2002, é o seguinte: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

relacionado às obrigações de fazer e de não fazer. Para os defensores da classificação quinária<sup>37</sup> dos tipos de ação, tratava-se da positivação da ação com eficácia executiva *lato sensu*.

Também o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, estabelecido pela Lei nº 9.099/95, aponta para a imediata execução do julgado nos mesmos autos, dispensados a nova citação do devedor e o início de um novo processo, na forma do artigo 52, IV<sup>38</sup> daquela Lei. Ali se formalizou a sincretização do processo referente à ação condenatória de pagamento de quantia ainda não estipulada no Código de Processo Civil, mas refletida nas Leis aprovadas na década seguinte.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

<sup>37</sup> “Segundo essa classificação, além das ações declaratórias, constitutivas e condenatórias, o processo de conhecimento comporta, também, ações mandamentais e executivas *lato sensu*.

As ações mandamentais têm por objetivo a obtenção de sentença em que o juiz emite uma ordem cujo descumprimento por quem a receba caracteriza desobediência à autoridade estatal passível de sanções, inclusive de caráter penal...

As ações executivas *lato sensu* são espécies de ação que contém um passo além daquilo que a parte obtém com uma ação condenatória. Nas executivas *lato sensu* há, tal como nas condenatórias, uma autorização para executar. No entanto, diferentemente da regra das ações condenatórias, a produção de efeitos práticos, no mundo dos fatos, independe, na ação executiva *lato sensu*, de posterior processo de execução.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. v.1. 7.ed. São Paulo: RT, 2005, p.153-154)

Também apontando quais são essas cinco espécies de ação, Patricia Miranda Pizzol: “Il processo di accertamento, a seconda della domanda formulata dall’attore, può essere: *dichiarativo* (eliminazione dell’incertezza di cui sia affetta una situazione giuridica); *costitutivo* (modifica di una situazione giuridica, creandola, modificandola o estinguendola); *di condanna* (doppia funzione dichiaratoria e sanzionatoria). E ancora, dipendendo dal rito previsto dalla legge, dalla possibilità di estrarsi dal provvedimento giurisdizionale un ordine o dalla possibilità di rendere effettivo il provvedimento senza la necessità di un’ esecuzione autonoma: *di comando* (ottenimento di un ordine oltre che di una dichiarazione); o *esecutivo lato sensu* (simile a quello di condanna, contenendo, tuttavia, che è la possibilità di realizzare il diritto senza la proposizione di esecuzione autonoma).” (PIZZOL, Patricia Miranda. I poteri del giudice nell’ordinamento brasiliano. In: **Davanti al giudice** – studi sul processo societario. LANFRESCHI, Lucio e CARRATTA, Antonio (cura). Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 600-601).

<sup>38</sup> “Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação;”



Com o desenvolvimento da sociedade, a massificação dos processos e o consequente surgimento de outros gargalos processuais, as reformas continuaram na década de 2000 com o mesmo intuito de atender às expectativas das partes por uma justiça efetiva, especialmente após o respaldo da previsão constitucional da duração razoável do processo.

Nessa linha, o processo sincrético propiciado às obrigações de fazer e não fazer foi estendido às obrigações de entrega de coisa pela Lei nº 10.444/2002, que instituiu o artigo 461-A do Código de Processo Civil para determinar que “o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para cumprimento da obrigação” e poderá utilizar todas as medidas de apoio previstas no §5º do artigo 461 da Lei Processual, cuja redação foi determinada pela mesma Lei. Ratificava-se, com esse dispositivo, o intuito legislativo de conferir maior poder ao magistrado para alcançar resultados concretos, um precedente importante para o conteúdo desta dissertação, que defende possa o juiz ir inclusive além do que já lhe está claramente previsto.

Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 11.232/2005, que inseriu os artigos 475-A a 475-Q no Código de Processo Civil, inovando com relação à liquidação de sentença e criando o que talvez tenha sido a mais emblemática reforma do Código de Processo Civil desde a Lei nº 8.952/94, tanto que tratada como “novidade capital” por Barbosa Moreira<sup>39</sup>: o processo sincrético para o cumprimento, via execução nos próprios autos, da sentença condenatória de pagamento de quantia certa<sup>40</sup>, agora não apenas nas causas sujeitas ao procedimento dos juizados especiais cíveis.

---

39 “Convicção assente nos meios jurídicos é a de que a novidade capital introduzida pela Lei nº 11.232, de 22.11.05, consiste na junção das atividades jurisdicionais cognitiva e executiva, eliminando-se a diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o de execução, ressalvadas as hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, do CPC e a de ser devedora a Fazenda Pública. Em vez de dois processos sucessivos, teremos um só, no qual se sucederão, ao longo de duas fases, mas praticamente sem solução de continuidade, os atos de uma e de outra espécie.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. **Revista Dialética de Direito Processual** nº 42 – set. 2006, p.56).

<sup>40</sup>“Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

§ 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo.

§ 3º O exequente poderá, em seu requerimento, indicar desde logo os bens a serem penhorados.

§ 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante.

§ 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarquivamento a pedido da parte.”

A exposição de motivos do anteprojeto da Lei nº 11.232/2005 esclarece que o tema da efetividade do processo tocou o legislador processual:

a dicotomia atualmente existente, adverte a doutrina, importa na paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e na complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor possa finalmente tentar impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessidade de restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa, quer de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática.

A reforma processual das décadas de 1990 e 2000 a ‘conta-gotas’, aliada ao fato de o Código de Processo Civil aplicar-se, nas ações coletivas, subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública, exige uma interpretação sistemática das leis e dos institutos por ela regulados para se alcançar uma interpretação segura. Sobre aquela forma de interpretar Carlos Maximiliano<sup>41</sup> ensina:

Consiste o Processo Sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma...O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio...Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Ainda sobre a interpretação sistemática, Cleucio Santos Nunes<sup>42</sup> aponta a necessidade de servir para o aprimoramento do direito:

No caso da Lei nº 11.280/2006 e de todas as outras leis que alteraram o CPC, a finalidade nítida é a de dotar o processo civil de maior celeridade e efetividade. Isso não será alcançado com o uso exclusivo de interpretações literais ou lógicas que se podem extrair do texto legal. É necessário combinar artigos, parágrafos e incisos. Usar-se boa criatividade. O intérprete, desde que não se desvie dos fundamentos hermenêuticos, pode descobrir o que está além das palavras da Lei em benefício do aprimoramento do Direito. Isso não é saltar acima do direito positivo legislado, é reduzi-lo à condição de

---

<sup>41</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 104-105.

<sup>42</sup> NUNES, Cleucio Santos. Pronunciamento da prescrição de ofício por juiz incompetente: exegese construída a partir da nova redação do artigo 219 do CPC – Lei nº 11.280. **Revista Dialética de Direito Processual** nº 40, jul. 2006, p.47.

instrumento útil aos que exercem a tarefa de estudá-lo para sua proveitosa aplicação.

É isso o que defendemos. Não se pode supor tenha o legislador criado todo o sistema de ações coletivas para a tutela de direitos difusos e coletivos, mas admita prender o juiz à atuação conforme as tradicionais imposições das leis processuais sobre os processos individuais relacionados a direitos disponíveis. Isso não faria o menor sentido, mas também não quer dizer que o juiz não esteja fundado em lei ao decidir sob a ótica da efetividade das ações coletivas. Apenas procurará uma fonte menos provável do direito.

Se o próprio sistema processual majoritariamente aplicável a lides individuais sofisticou-se para dar sentido à atividade jurisdicional face ao mundo concreto, a apreciação da conduta do magistrado à luz das leis e dos princípios que regem os processos coletivos do consumidor não podem ser tímidos; ao contrário, devem estar na vanguarda, pois os seus impactos são muito maiores sobre massas de pessoas com direitos ou interesses semelhantes.

Seguindo a onda reformista, com o objetivo perene de alcançar a duração razoável do processo e a efetividade da prestação jurisdicional, pelo que se pretende aperfeiçoar as relações sociais, em 2009 formou-se uma Comissão de Juristas<sup>43</sup> encarregada de elaborar o Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que apresentou ao Senado Federal uma série de proposições.

Nas palavras do Presidente do Senado, constantes da apresentação do Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil,

A harmonia entre os Poderes, princípio pétreo de nossa Constituição, em sua melhor acepção, significa uma estreita colaboração entre Legislativo, Judiciário e Executivo. O Senado Federal tem tido a sensibilidade de atuar em estreita colaboração com o Judiciário, seja no âmbito do Pacto Republicano – iniciativa entre os três poderes para tomar medidas que agilizem a ação da Justiça –, seja propondo um conjunto de leis que tornam mais efetivos vários aspectos pontuais da aplicação da justiça. O Senado Federal, sempre atuando junto com o Judiciário, achou que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados. Assim, avançamos na reforma do Código do Processo Penal, que está em processo de votação, e iniciamos a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil. São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.

---

<sup>43</sup> Instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009.

Desse Anteprojeto de Lei sobressai a possibilidade de o juiz praticar determinados atos mandamentais e ordenar certas providências para o respeito ao magistrado e à Justiça, tais como a imposição de multa ou outras medidas indutivas, coercitivas ou subrogatórias em ações condenatórias de quantias em dinheiro, além da determinação de pagamento ou depósito de multas desde o dia do descumprimento do mandamento judicial.

Aparentemente, portanto, o Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil busca resgatar a confiança na Justiça, no sentido de que serão ágil e eficazmente atendidas as expectativas da parte ao acessar o Poder Judiciário. Esse propósito inclusive consta, dentre outros, dos artigos 8º, 67 e 118, VI do referido Anteprojeto de Lei<sup>44</sup>.

A preocupação pela efetividade do processo e pela sua duração razoável consta até mesmo da exposição de motivos do Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, realizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização [nota de rodapé 1: “Essencial que se faça menção a efetiva satisfação, pois, a partir da dita terceira fase metodológica do direito processual civil, o processo passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada concretização de direitos”] dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo... O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.

Portanto, está claro o crescente prestígio legislativo aos princípios processuais de efetividade e duração razoável do processo, que precisam nortear a atividade jurisdicional, especialmente em ações coletivas relacionadas às lides de consumo. Em razão disto, os operadores do direito já têm discutido algumas questões relevantes relacionadas ao tema, especialmente sobre a prática do ativismo judicial, mais detalhadamente exposta abaixo.

---

<sup>44</sup> “Art. 8º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito.”; “Art. 67. Ao Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, de primeiro ou segundo grau, inclusive aos tribunais superiores, por meio de seus magistrados e servidores, cabe o dever de recíproca cooperação, a fim de que o processo alcance a desejada efetividade.” “Art. 118. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”

## 1.4 Ativismo judicial

Na busca por efetividade e razoável duração do processo, tem ganhado destaque o termo ‘ativismo judicial’, comumente utilizado para designar a postura participativa do juiz, independentemente da provocação das partes, com o propósito de fazer justiça à luz dos princípios constitucionais norteadores do direito.

O conceito completo de ativismo judicial, contudo, é algo não definido pela literatura jurídica ou pela jurisprudência. Isso porque, enquanto alguns qualificam como ativismo judicial somente a conduta do magistrado que extrapole regras escritas e praticamente crie novas normas, outros já utilizam o termo para qualquer atividade proativa da parte daquele profissional, mesmo se estiver expressamente prevista em lei, ou nem sequer fazem essa diferenciação.

Aparentemente nesse último sentido, Cândido Rangel Dinamarco<sup>45</sup> entende que “Ativismo judicial é a expressão da postura participativa do juiz – seja mediante a iniciativa probatória, seja pelo efetivo comando do processo e constante integração na problemática ali residente, seja mediante o efetivo diálogo com os litigantes”.

Por outro lado, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Gláucio Inácio da Silveira<sup>46</sup>, além de adotarem a posição doutrinária transcrita como um dos aspectos do ativismo, ressaltam o que, em sua visão, é outro viés do ativismo judicial, que se aproxima à teoria unitária do processo:

postura participativa do juiz no processo de criação da norma jurídica. Nesse sentido, a ideia de ativismo representa um rompimento com a postura positivista...atitude do juiz que, recusando-se a ser um cego aplicador da lei, participa efetivamente do processo de formação da norma jurídica. O ativismo não sugere, porém que o juiz simplesmente ignore a lei e se arrogue função legislativa...O que recomenda o ativismo judicial é que a interpretação do direito infraconstitucional se realize a partir da Constituição e seja inspirada pelos valores prevalecentes no meio social. A interpretação deve, em última análise, voltar-se para a consagração do valor justiça.

---

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.846.

<sup>46</sup> DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da Ajuris** – Associação dos juizes do Rio Grande do Sul nº 110, ano XXXV, jun. 2008, p.167.

Na opinião de Elival da Silva Ramos<sup>47</sup>, que vai além do conceito exposto, o ativismo judicial apenas estará tipificado em casos de atuação do juiz extremamente desvinculada de suas funções essenciais, ou seja, efetivamente como criador de normas:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Observamos, portanto, certa divergência na literatura jurídica a respeito do conceito de ativismo judicial e do momento em que o magistrado deixa de exercer sua função natural regulada pelos princípios do impulso oficial e dispositivo e começa a praticá-lo. Para alguns, mesmo no exercício da função natural do juiz pode-se falar em ativismo se a sua postura for bastante dinâmica.

Embora tenhamos abordado as diferentes visões sobre ativismo judicial, entendemos não ser relevante, na prática, chegar-se a um consenso sobre a definição exata do termo, inclusive por não haver norma que refira a esse conceito e regule expressamente a conduta ativista. Ou seja, não está claro, no ordenamento jurídico brasileiro, nem o que é, e nem até que ponto é possível praticar ativismo.

Exercendo ou não conduta tida como ativismo judicial, importa que o magistrado aja de maneira eficiente e ágil, para entregar às partes aquilo que lhes é de direito, e fundamente a sua atuação juridicamente, se não em uma regra escrita autossuficiente, ao menos em princípios constitucionais.

Dessa forma, exercerá a jurisdição em toda a sua magnitude. Se isso for interpretado como ativismo judicial, muito bem, é o que defendemos, pois essa conduta traz uma vantagem imbatível ao direito do consumidor: a sua máxima efetividade. Os argumentos de que fere a segurança jurídica não devem demover o julgador dessa postura.

Segurança jurídica dispõe o consumidor ou o grupo de consumidores que sabe ter a proteção máxima do Estado, e confia em que o Poder Judiciário, mediante o exercício real da jurisdição, fará prevalecer o seu direito se o fornecedor de serviços ou produtos

---

<sup>47</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116.

desrespeitá-lo. Sob esta ótica, a segurança jurídica é muito mais do que pretender ser o magistrado conservador na aplicação das regras processuais. Se tiverem sido obedecidos o contraditório, a ampla defesa e todos os demais direitos e princípios relacionados ao devido processo legal, não é possível ao fornecedor alegar ausência de segurança jurídica, pois sabe que o magistrado dispõe de todas as ferramentas para implementar o direito do consumidor violado, sem tecnicismos desnecessários.

A propósito, em artigo sobre esse tema, Glauco Gumerato Ramos<sup>48</sup> opõe o ativismo judicial ao garantismo processual, e aponta que o debate de um *versus* o outro decorre da relevância que se dá aos institutos da *jurisdição* e do *processo*. Para os ativistas, a jurisdição se sobreleva. Para os garantistas, é o processo, entendido como devido processo legal, que merece distinta proeminência.

A postura proativa do magistrado, sendo ativismo judicial ou não, justifica-se pelos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional – pois nenhuma lesão ou ameaça a direito será afastada de apreciação pelo Judiciário – e da efetividade e da razoável duração do processo. É com este objetivo que o juiz muitas vezes participa mais preponderantemente do processo. O STJ já inclusive se posicionou no sentido de que o ativismo judicial, aparentemente tomado pelo conceito mais genérico de participação ativa do juiz, mesmo com base em lei expressa, é desejável para a realização satisfatória da justiça:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SIGILO BANCÁRIO. SISTEMA BACEN JUD.

(...) 3. A regra é a de que a quebra do sigilo bancário em execução fiscal pressupõe que a Fazenda credora tenha esgotado todos os meios de obtenção de informações sobre a existência de bens do devedor e que as diligências restaram infrutíferas, porquanto é assente na Corte que o juiz da execução fiscal só deve deferir pedido de expedição de ofício à Receita Federal e ao BACEN após o exequente comprovar não ter logrado êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens.

(...)

5. Todavia, o sistema BACEN JUD agiliza a consecução dos fins da execução fiscal, porquanto permite ao juiz ter acesso à existência de dados

---

<sup>48</sup> Acerca do garantismo processual, continua: “Em linhas gerais, o *garantismo* reforça a importância do devido processo legal – da categoria fundamental *processo*, portanto – como legitimador do produto da tutela jurisdicional. Para os garantistas, reside aí a garantia da segurança jurídica a que todos fazem jus como postulado constitucional democrático, de tal modo que as investidas do *ativismo judicial* abalariam essa dinâmica de funcionamento das coisas, com o comprometimento, ao final, não apenas do devido processo legal, mas também da segurança jurídica que se espera seja mantida pela ordem constitucional. Ou seja, postula-se que é temerária a substituição do processo, como método de debate, pela manifestação *ativista* do juiz, que acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais ‘justa’ ao caso concreto” (RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. MPMG Jurídico nº 18, out./nov./dez., 2009, p.13-14).

do devedor, viabilizando a constrição patrimonial do art. 11, da Lei nº 6.830/80. Deveras é uma forma de diligenciar acerca dos bens do devedor, sendo certo que, atividade empreendida pelo juízo, e que, por si só, torna despiciendo imaginar-se um prévio pedido de quebra de sigilo, não só porque a medida é limitada, mas também porque é o próprio juízo que, em ativismo desejável, colabora para a rápida prestação da justiça.

7. Destarte, a iniciativa judicial, in casu, conspira a favor da ratio essendi do convênio. Acaso a constrição implique em impenhorabilidade, caberá ao executado opor-se pela via própria em juízo.

8. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 666419/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 27.6.2005).

Assim, entendemos devam ser admitidas a concessão de tutelas de urgência *inaudita altera pars*, independentemente de sua natureza (se cautelar, antecipatória de tutela ou liminar em ação de execução específica de obrigações de fazer ou não fazer), e a atividade probatória *ex officio*, dois dos melhores exemplos dessa postura participativa do juiz, ainda que previstas em lei e, portanto, teoricamente não ultrapassando aquilo que razoavelmente se espera de um magistrado.

A maior parte dos exemplos aos quais nos referimos diz respeito a atuações do magistrado previstas na lei processual, portanto desejadas pelo legislador. Todavia, em algumas situações, o juiz não está amparado em legislação evidente. Por não haver legislação muito clara a respeito de determinado tema, o julgador interpreta visando preservar algum valor, usualmente a justiça.

Nesse contexto, emergem as ideias de puro pragmatismo ou consequencialismo expostas pelo ex-ministro Nelson Jobim quando no Supremo Tribunal Federal, por não ressaltar a necessidade de observação a pressupostos jurídicos para se atingir os objetivos políticos. Trata-se da alegada necessidade de considerar a consequência política da lide à sociedade como um todo, como critério determinante do julgamento, caso haja várias interpretações possíveis, ainda que não se entenda como justa tal decisão. Segundo o então ministro,

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que



eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões<sup>49</sup>.

Em face de problemas como esse surgiu, como limite ao ativismo judicial, o conceito de reserva do possível, pelo qual se pondera a aplicação dos direitos sociais à efetividade fática orçamentária, buscando delimitar a medida em que poderá um direito constitucionalmente assegurado ser, dentro da realidade financeira do Estado, concretamente realizado.<sup>50</sup>

Podemos classificar esse tipo de posicionamento do Supremo Tribunal Federal como a judicialização da política, da economia e das questões sociais. Segundo José Eduardo Faria<sup>51</sup>, o Estado é incapaz de controlar e regular, com os instrumentos normativos de um ordenamento jurídico resultante de um sistema romano, rígido e sem vínculos com a sociedade contemporânea, mercados cada vez mais integrados em escala planetária. O Estado legisla desenfreadamente para tentar coordenar, limitar e induzir o comportamento dos agentes produtivos, formando um “cipoal normativo”, gerando incerteza e contradições que acabam sendo levadas ao Poder Judiciário na tentativa de estabelecer um mínimo de coerência no sistema jurídico. Exige-se do Poder Judiciário um trabalho de interpretação contínuo, que leva juízes a praticamente assumirem um poder legislativo e criar um protagonismo judicial nas questões econômicas, sociais e políticas.

São provas desse fenômeno os julgamentos do Supremo Tribunal Federal a respeito da união homoafetiva e da fidelidade partidária pelos políticos. É o momento de o Poder Judiciário também demonstrar sua proatividade ao analisar os direitos do consumidor quando tutelados coletivamente, sem apego a tecnicismos inócuos que servem como fundamento aos críticos daquele Poder.

Enquanto isso não ocorre, entendemos que o juiz pode e deve atuar para atender a política nacional de relações de consumo disposta no artigo 4º do CDC, ainda que

---

<sup>49</sup> Em entrevista ao jornal Valor Econômico criticada por Fábio Martins de Andrade (ANDRADE, Fábio Martins de. O Consequencialismo, a Modulação Temporal dos Efeitos e o Ativismo Judicial nas Decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 172, jan. 2010, p.34 e seguintes).

<sup>50</sup> “Deve-se observar, porém, que se o ativismo judicial não pode ser invocado pelo juiz para encobrir arbitrariedades, a reserva do possível também não pode ser utilizada pela Administração para escamotear suas possibilidades materiais e frustrar a incidência de normas da constituição”. (DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da Ajuris** – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul, ano XXXV, nº 110, jun. 2008, p.169).

<sup>51</sup> FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e desafios futuros**. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200006&script=sci_arttext). Acesso em: 15 jun. 2013.

isso seja considerado judicialização da política. A proeminência do juiz no processo e a sua participação ativa para o julgamento das lides que lhe são levadas podem ser norteados por valores diversos, mas deveriam sempre se apoiar em fundamentos jurídicos e ter como objetivo a efetividade processual, algo que se pretende obter do Poder Judiciário. Nesse aspecto, são pertinentes as palavras de Antônio de Pádua Ribeiro<sup>52</sup>:

No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito. O problema está em colocar em prática esses princípios, de maneira a tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, tendo em conta que o Judiciário presta serviço público de alta relevância, qual seja, aquele de distribuir justiça.

Se o Supremo Tribunal Federal considera a consequência de seus julgados para decidir, o impacto destas decisões deve ser cuidadosamente analisado quando se trata de ações coletivas, por suas largas repercussões. Ao agirem assim, os julgadores – de qualquer instância, inclusive – devem considerar os princípios aplicáveis aos processos coletivos, otimizando a concretização desses princípios à luz da efetividade e da duração razoável do processo almejadas pelo operador do direito e pela sociedade.

Ao longo deste estudo apontaremos situações nas quais o magistrado competente para julgar um processo coletivo pode atuar de maneira ativa, mesmo que para alguns esteja praticando o ativismo judicial.

---

<sup>52</sup> RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. ano II, nº 11, mai./jun. 2001, p.18.

## 2 A EFETIVIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS

O artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que garante o acesso à Justiça, refere-se não apenas à proteção dos direitos individuais, mas também dos coletivos, tanto que inserido em capítulo intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”. Trata-se de importante avanço em relação à Constituição da República de 1969, cujo artigo correspondente ao atual 5º, na época o artigo 153, intitulava-se apenas “Dos direitos e garantias individuais”.

Para a proteção e instrumentalização dos direitos ou interesses coletivos – podendo ser difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos (embora esses sejam considerados acidentalmente coletivos), todos definidos conforme o artigo 81, parágrafo único do CDC<sup>53</sup> –, surgiram as ações coletivas.

Neste capítulo, sem a pretensão de exaurirmos tema tão rico, abordaremos a origem e o desenvolvimento das ações coletivas, sua importância para o mercado e os seus principais diferenciais em relação às ações individuais em prol da efetividade processual.

### 2.1 Origem e desenvolvimento das ações coletivas

O surgimento das ações coletivas remonta a duas fontes principais: primeiramente, o reconhecido antecedente romano da ação popular em defesa das *rei sacrae*, *rei publicae*, em que os cidadãos, imbuídos dos sentimentos de defesa da república (que tinham noção de a eles pertencer) e de responsabilidade sobre os bens públicos, buscavam a proteção da coisa pública; em segundo lugar, as ações coletivas das classes, antiga prática judiciária anglo-saxã que teria antecedido as atuais *class actions* americanas e a evolução das ações coletivas do Brasil, tão acostumado à visão individualista dos direitos e do processo<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> Dada a relevância dos conceitos para este trabalho, vale transcrever o citado dispositivo legal: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

<sup>54</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4.7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p. 25-26; 29-30.

O antecedente romano também é lembrado por Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>55</sup>, que destaca a *actio popularis* para a proteção da coisa pública (de certa forma confundida com a particular) entre ações de uma cultura jurídica e processual eminentemente individualista, e que relegava ao Estado tudo o que ultrapassasse a órbita direta e pessoal dos particulares.

Após a queda do Império Romano, não parece haver convincentes indícios da prática de ações coletivas na Idade Média, aponta o doutrinador, ao indicar que apenas medidas mais tímidas são referidas no período até meados do século XIX, quando a nova organização social, resultante de fatores como a sindicalização e a revolução industrial criavam um ambiente mais propício para as ações coletivas e fez surgirem as *class actions* do direito norte-americano, com uma primeira regulamentação em 1842, a que se seguiram alterações em 1938 e 1966.

No Brasil, embora a Constituição da República de 1934 pela primeira vez fizesse referência à ação popular, objeto de lei específica em 1965 (Lei nº 4.717), Sérgio Seiji Shimura<sup>56</sup> aponta que somente com o advento da Lei nº 7.347/1985

se instituiu um instrumento processual mais vigoroso, abrangente e eficaz no combate à lesão dos direitos coletivos *lato sensu*, disciplinando a *ação civil pública* de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e urbanística, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

O instrumento da ação civil pública<sup>57</sup> foi reforçado em 1988 com a promulgação da vigente Constituição da República, que não apenas expressamente se referiu a ela no artigo 129, III, como também atribuiu legitimidade ao Ministério Público para promovê-la na defesa de interesses difusos e coletivos. A Carta ainda instituiu no artigo 5º, LXX, o mandado de segurança coletivo, corroborando a defesa coletiva de direitos, e conferiu, nos artigos 5º, XXI e 8º, III, legitimidade às associações e sindicatos para a defesa de interesses de seus respectivos associados e filiados.

---

<sup>55</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2006, p.23-28.

<sup>56</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p.20.

<sup>57</sup> Segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho, na expressão **ação civil pública** não se identifica propriamente a pretensão que constitui o seu objeto. O adjetivo **civil** serve apenas para distingui-la da ação penal, e o adjetivo **pública** funciona para permitir sua deflagração por órgão do próprio Estado, como o Ministério Público (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada – comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.2-3).

Com a promulgação da Lei nº 8078/1990, o Código de Defesa do Consumidor, o instituto das ações coletivas ganhou contornos detalhados com a inclusão do Título III – Da Defesa do Consumidor em Juízo que, além de conceituar direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, estabeleceu a legitimidade ativa para as ações, previu amplas espécies de ações tutelando o direito do consumidor, esclareceu regras de competência e execução de sentenças e ainda especificou o instituto da coisa julgada nas ações coletivas.

Ou seja, o Código de Defesa do Consumidor transformou-se em ferramenta de estabelecimento de igualdade entre os dois polos da relação de consumo, levando em conta a fragilidade do consumidor e a necessidade de garantia de seu acesso à justiça. Segundo Ada Pellegrini Grinover, na época da promulgação desse código:

Exigia-se, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – postulando um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, fazia-se necessária a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo de pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução<sup>58</sup>.

Estava definitivamente mitigada, portanto, a visão individualista do direito processual civil.

Somando essas alterações às maiores possibilidades de propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) e de arguições de descumprimento de preceito fundamental (regulamentada pela Lei nº 9.882/1999), além de relembrar as constantes modificações do Código de Processo Civil a partir de 1994, Teori Albino Zavascki classifica os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos:

(a) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo Civil) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo);

---

<sup>58</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro. In: **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p.112.

(b) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (ações coletivas); e

(c) instrumentos para *tutela da ordem jurídica*, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas<sup>59</sup>.

E segue o doutrinador, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal:

Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas. O conjunto de instrumentos hoje existentes para essas novas formas de tutela jurisdicional, decorrentes da primeira onda de reformas, constitui, certamente, um subsistema processual bem caracterizado, que se pode, genérica e sinteticamente, denominar de processo coletivo. Mas, sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas. O tempo, a experimentação, o estudo e, eventualmente, os ajustes legislativos necessários sem dúvida farão dos mecanismos de tutela coletiva uma via serena de aperfeiçoamento da prestação da tutela jurisdicional.

A evolução dos mecanismos de proteção dos direitos coletivos nada mais é do que um reflexo da evolução dos direitos individuais para os sociais, dentre os quais estão incluídos os direitos do consumidor. Conforme ensina Galeno Lacerda<sup>60</sup>, essa abertura para o social supera, em definitivo, a formação individualista que sempre caracterizou a cultura jurídica da Europa continental, com reflexo geral nas instituições brasileiras.

Nisso, sem dúvida, estava presente a marca indelével do Direito Romano, insculpida logo ao umbral das Institutas: ‘Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere’ (Inst., pr. § 3º)....Ocorre que as exigências da vida moderna foram rompendo as barreiras do conservadorismo jurídico. No momento em que os homens passaram a conviver numa sociedade de massas, muitas das regras básicas do relacionamento perderam sentido (...)

---

<sup>59</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p. 21.

<sup>60</sup> LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul** nº 59, ano XX, nov.1993, p. 50.

Realmente, os contratos foram se desumanizando ao longo do tempo (para usar um termo talhado por Giorgio Oppo<sup>61</sup>). A sociedade se massificou e passou a demandar formas diferenciadas de proteção jurídica e atuação do Estado. Em decorrência da fabricação em série, característica da indústria contemporânea, observou-se uma crescente desindividualização não só dos produtos, tornados genéricos (e não tipificados), como também do adquirente, que se transformou em um consumidor anônimo. Daí a insuficiência das técnicas concebidas pela ordem jurídica para enfrentar o fenômeno da produção e do consumo em massa.<sup>62</sup>

Mauro Cappelletti e Bryant Garth classificam como uma das “ondas” do movimento de acesso efetivo à justiça, a partir especialmente da década de 1960 nos Estados Unidos, as providências para a defesa dos interesses difusos, que forçou a reflexão sobre o papel dos tribunais, apontada como uma revolução no processo civil. Explicam eles:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares<sup>63</sup>.

Dentre tais direitos difusos e coletivos, as normas de proteção dos direitos do consumidor estabelecidas na Lei nº 8078/90 são tão relevantes que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery defendem a natureza principiológica desta, explicando:

Não é lei geral nem lei especial. Estabelece os fundamentos sobre os quais se erige a relação jurídica de consumo, de modo que toda e qualquer relação de consumo deve submeter-se à principiologia do CDC...Como o CDC não é lei geral, havendo conflito aparente entre suas normas e a de alguma lei especial, não se aplica o princípio da especialidade (*lex specialis derogat generalis*): prevalece a regra principiológica do CDC sobre a lei especial que o desrespeitou. Caso algum setor queira mudar as regras do jogo, terá de fazer modificações no CDC e não criar lei à parte, desrespeitando as regras

---

<sup>61</sup> OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? **Rivista di Diritto Civile**, anno XLIV, 1998, Parte Prima. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998, p.525.

<sup>62</sup> LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. In: **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. Coordenador Arnaldo Wald. São Paulo: Saraiva, 2003, p.258.

<sup>63</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.49-50.

princípios fundamentais das relações de consumo, estatuídas no CDC<sup>64</sup>.

Tendo em vista a crescente massificação dos direitos e da sociedade, de um lado, e a carência de normatização mais abrangente sobre processos coletivos, por outro lado, a legislação a respeito de ações coletivas tende a continuar evoluindo, ainda que com certa lentidão, infelizmente natural para institutos que quebram paradigmas, mesmo em prol de motivos nobres como aqueles que decorrem das ações coletivas.

Está em trâmite, desde 2009, na Câmara do Deputados, o projeto de lei nº 5139/2009, oriundo do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, com o objetivo de aperfeiçoar o instituto das ações coletivas, unificando os dispositivos sobre o assunto, inclusive mediante a revogação da LACP e a modificação em parte do CDC.

Conforme a exposição de motivos do então Ministro da Justiça, Tarso Genro<sup>65</sup>, o anteprojeto tem por objetivo ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, substancialmente aceleradas no século XX, para prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, mas que não estão plenamente protegidos pela LACP e pelo Código de Processo Civil de 1973. Este último está fundado na concepção do liberalismo individualista, que não responde ao estágio de evolução jurídico-científica e ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

O projeto foi apreciado pela comissão de constituição e justiça e considerado constitucional, mas, no mérito, foi rejeitado. Conforme extraímos do parecer vencedor

---

<sup>64</sup> Dentre os princípios fundamentais inderrogáveis do CDC, os professores em questão exemplificam os seguintes: “a) equidade e equilíbrio nas relações de consumo (CDC 4º III); b) boa-fé objetiva (CDC 4º III); c) revisão de cláusula ou do contrato de consumo (CDC 6º V); d) responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos (CDC 6º VI); e) proteção contra publicidade ilegal (enganosa e abusiva) (CDC 37); f) proteção contra práticas comerciais abusivas (CDC 6º IV, 39 e 44); g) proteção contratual integral (CDC 46); h) proteção contra cláusulas abusivas (CDC 6º e 51); i) acesso à ordem jurídica justa, individual ou coletivamente (CDC 81 *caput*); j) facilitação da defesa do consumidor em juízo (CDC 6º VIII); l) prerrogativa de propor e de responder ação em seu domicílio (CDC 6º VIII); m) benefício da coisa julgada erga omnes ou ultra partes, sempre in utilibus, independentemente de rol de beneficiados, do lugar de seu domicílio ou da competência territorial do juiz (CDC 103)...” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 181).

<sup>65</sup> Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=651669&filename=Tramitacao-PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=Tramitacao-PL+5139/2009)>. Acesso em: 28 jul. 2013.



daquela comissão<sup>66</sup>, de 17.3.2010, o legislador resiste a conferir ao magistrado maior poder no controle das ações coletivas:

A proposta cria processo em que o réu recebe tratamento desigual de um juiz que terá liberdade para tomar partido sempre e somente em favor do autor, inclusive alterando a ordem das fases processuais, e concedendo liminares (e antecipações de tutela) sem que o autor as tenha pedido e sem que tenha sido dada oportunidade de defesa ao réu (...) A ação poderá seguir seu curso mesmo que o pedido do autor e o motivo de ele ter ido a juízo não tenham sustentação técnica, jurídica ou factual: o juiz pode chamar alguém para entrar no lugar dele e procurar outro motivo e outro pedido para continuar com a demanda.

Mais recentemente, em 2012, passou a tramitar no Senado Federal o projeto de lei nº 282 (PLS 282/2012), que visa a alterar o CDC para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas em diversos aspectos, aos quais faremos referência ao longo desta dissertação.

Nesse contexto, nossa pesquisa visa contribuir para as discussões sobre a aplicação dos mecanismos de tutela coletiva como forma de proteção e busca da efetividade do direito do consumidor, sob o enfoque de um fundamental agente do processo: o magistrado, a quem é confiado julgar causas com enorme repercussão tais quais as ações coletivas.

Proporemos regras gerais de atuação do juiz e também medidas específicas que estes já estão aptos a praticar, mas que certamente sofreriam um reforço caso os referidos projetos de lei ou outros semelhantes fossem aprovados.

## **2.2 Importância das ações coletivas: função social e econômica**

As ações coletivas são instrumentos extremamente relevantes para a realização dos direitos do consumidor, não apenas pela importância de seu objeto, mas também pela forma de instrumentalização dos respectivos processos. Segundo o artigo 1º da Lei nº 7347/1985,

Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse

---

<sup>66</sup> Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=C896067D8CF5CBE357F877893623E415.node2?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C896067D8CF5CBE357F877893623E415.node2?codteor=754582&filename=Parecer-CCJC-17-03-2010)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística.

Ou seja, os direitos protegidos por este instrumento processual são dos mais caros à sociedade.

Mas, além disso, as ações coletivas em geral asseguram o acesso à justiça e adquirem importância fundamental pelo fato de tutelarem conjuntamente interesses de inúmeras pessoas, estas muitas vezes indetermináveis. É difícil mensurar o alcance de uma ação coletiva justamente pelo fato de poder ser aproveitada por qualquer pessoa lesada pelo réu, o que, por si só, demonstra a relevância do instrumento.

São notórias as dificuldades gerais de acesso à justiça, especialmente no Brasil. Dentre elas, podemos enumerar os custos processuais e com advogados, o tempo do processo e a ignorância sobre os direitos dos cidadãos.

Essas dificuldades foram reconhecidas em escala global inclusive por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra “Acesso à Justiça”, na qual lecionam que os novos direitos substantivos das pessoas comuns (dentre os quais, em várias passagens da obra, incluem-se os direitos dos consumidores) têm sido particularmente difíceis de fazer valer individualmente, dadas as barreiras enfrentadas por pessoas relativamente fracas com causas pequenas, contra gigantes organizacionais, especialmente corporações ou governos. Tais indivíduos, com estas demandas, frequentemente não conhecem seus direitos, não procuram auxílio ou aconselhamento jurídico e não propõem ações<sup>67</sup>.

Assim, a ação coletiva não apenas tutela direitos inclusive inalienáveis, mas gera benefícios a toda a coletividade, até mesmo intuitivos, que se espalham entre aqueles ao Estado ou aos terceiros lesados, ou a todos concomitantemente, posto que ao beneficiar o Estado, indiretamente toda a sociedade será favorecida. Não se ignora, porém, que, muitas vezes, o próprio Estado viola direitos coletivos e igualmente merece se sujeitar às respectivas ações judiciais.

Ao Estado, podemos imaginar que a tutela coletiva de direitos coletivos assegura a obediência a direitos fundamentais como os do consumidor, portanto apoia políticas públicas, ao mesmo tempo em que ajuda a evitar inúmeras ações individuais repetitivas, que causam morosidade ao sistema judiciário e ainda o expõem a um maior risco de decisões contraditórias, gerando insegurança jurídica.

---

<sup>67</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 92.

Por outro lado, o indivíduo lesado pelo ato ilícito atacado pela ação coletiva pode se ver beneficiado por uma eventual sentença de procedência sem qualquer (ou com pouco) esforço, seja pelo fato de um direito coletivo que lhe interessa ser assegurado e diretamente beneficiá-lo, suprimindo as suas pretensões (exemplificativamente, a cessação de uma publicidade abusiva), seja porque somente precisaria posteriormente liquidar e executar a sentença para ser ressarcido por danos individualmente sofridos.

Sabe-se inclusive que muitas vezes os consumidores, diante das dificuldades mencionadas, não se sentem encorajados a propor ações individuais, mas terão seu direito tutelado coletivamente e isso os beneficiará diretamente ou por meio do incremento das relações sociais e de mercado. Podemos supor, por exemplo, a prática ilegal de fornecedor de serviços contínuos que costume cobrar R\$ 10,00 a mais na conta de cada consumidor. É muito provável que o consumidor individualmente decida não tomar qualquer atitude contra isso perante o Poder Judiciário, pois acabaria gastando mais do que o benefício econômico decorrente da ação judicial. Todavia, quando analisado de maneira coletiva, o ato ilícito do fornecedor pode estar gerando milhões de reais de prejuízo ilegal aos consumidores, que certamente serão adversamente afetados se a situação não for resolvida. Nesse caso, então, bastaria a ação coletiva para fazer cessar a conduta ilegal do fornecedor ou ainda levá-lo a pagar indenização por perdas e danos. Conforme decidiu o STJ,

As ações coletivas *lato sensu* – ação civil pública ou ação coletiva ordinária – visam proteger o interesse público e buscar a realização dos objetivos da sociedade, tendo, como elementos essenciais de sua formação, o acesso à Justiça e a economia processual e, em segundo plano, mas não de somenos importância, a redução dos custos, a uniformização dos julgados e a segurança jurídica. (STJ, CC 96.682/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 23/03/2010).

Estes também têm se mostrado os principais motivos utilizados pela literatura jurídica para justificar a importância das ações coletivas. Com efeito, Sérgio Seiji Shimura<sup>68</sup> ensina que a ação civil pública serviu como resposta às demandas da sociedade massificada,

para dar vazão à litigiosidade diluída difusamente na sociedade, aliada ao desconforto e à ilogia de a mesma Justiça decidir conflitantemente sobre um mesmo fato da vida invocada por partes individuais distintas, para tornar mais aberto o canal de participação da sociedade contra o poderio político ou econômico.

---

<sup>68</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 36.

As ações coletivas se coadunam perfeitamente com a preocupação pela efetividade, conforme assegura Patricia Miranda Pizzol<sup>69</sup> ao elencar os motivos pelos quais aquelas também possibilitam acesso mais amplo e efetivo à ordem jurídica justa:

- (a) uma ação coletiva pode substituir várias ações individuais, o que permite uma melhor atuação do Judiciário, além de proporcionar maior segurança, à medida que são evitados julgados conflitantes (usando as palavras de Kazuo Watanabe, a ação coletiva permite a substituição da atomização das ações pela molecularização dos conflitos);
- (b) pessoas que não teriam acesso ao Judiciário em razão dos diversos obstáculos que a demanda judicial pressupõe (custas, descrença no Judiciário e nos advogados, morosidade, dificuldade na identificação do direito etc.);
- (c) a ação coletiva fortalece o Judiciário, racionalizando o seu trabalho, permitindo que o Judiciário participe das grandes controvérsias nacionais; vale dizer que o processo coletivo tem sempre relevância social e política.

Ainda segundo a doutrinadora, a tutela coletiva do direito do consumidor e de outros direitos coletivos tem sido prestigiada não apenas no Brasil, mas também em outros países, exatamente por se tratar de instrumento de efetividade processual e pela necessidade de adequação do processo e das instituições processuais às exigências de tutela dos novos direitos.<sup>70</sup>

Com efeito, os benefícios da tutela coletiva de direitos são constantemente lembrados pela literatura jurídica estrangeira, inclusive a norte-americana, entendida como vanguardista nessa matéria. Quanto a isso, é interessante a lição de Gene A. Marsh<sup>71</sup>, professor da faculdade de direito da Universidade do Alabama, Estados Unidos da América, também por lembrar que é muito maior e mais nefasta a um fornecedor a repercussão negativa de uma ação coletiva do que uma correspondente ação individual proposta pelo consumidor:

Class actions play an important part in the enforcement of consumer protection laws. In cases where individual consumer claims would produce a small award of damages, a class-based effort may provide the appropriate incentives to bring the action (...). Class actions may also be more effective than individual claims in forcing defendants to modify their behavior. A

---

<sup>69</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: RT, 2006, p. 89.

<sup>70</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: RT, 2006, p. 89.

<sup>71</sup> MARSH, Gene A.. **Consumer protection Law – in a nutshell**. Third edition. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999, p. 30.

company may be willing to risk continuing a predatory business practice if the odds are that only infrequent individual claims will be filed. However, the filing of a statewide or national class generally raises both the stakes and the publicity surrounding the business practice. Class actions make it possible for individual consumers, who would otherwise be out-resourced in individual claims to join together and take on economically powerful interests.

Ainda há muito a evoluir no Brasil a respeito dessa matéria. O próprio instituto das ações coletivas não é familiar à maior parte da população. Muitas vezes os indivíduos desconhecem os direitos do consumidor, e mais ainda, que eles podem ser ou já ter sido abordados em ações coletivas que dispensam seus esforços e custos individuais, ao menos inicialmente.

A exemplo disso, vejamos a enorme comoção que causaram as chegadas, entre 2007 e 2011, dos termos finais dos prazos de prescrição de ações de ressarcimento de consumidores bancários<sup>72</sup> decorrentes de questões de expurgos inflacionários relacionados aos planos econômicos Bresser, Verão e Collor. Instigados pela grande mídia sobre a iminência da perda de suas pretensões, consumidores mobilizaram-se para propor ações individuais em tempo, gerando filas que duravam horas para a simples distribuição de uma ação e assoberbando o Judiciário com centenas de milhares de novas ações judiciais idênticas na sua essência, conforme noticiado na época<sup>73</sup>.

A maior parte dos consumidores provavelmente não sabia que diversas ações coletivas contra praticamente todos os bancos do país já estavam em curso, o que dispensaria a propositura de ações individuais, exceto os procedimentos de liquidação e execução.

---

<sup>72</sup> Estes já reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal como consumidores beneficiários dos direitos trazidos pela Lei nº 8.078/90, em função da ADI 2.591, baseada em grande parte no conteúdo do §2º do artigo 3º do CDC (“§2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”), com a seguinte ementa: “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS DE SUA ABRANGÊNCIA A DEFINIÇÃO DO CUSTO DAS OPERAÇÕES ATIVAS E A REMUNERAÇÃO DAS OPERAÇÕES PASSIVAS PRATICADAS NA EXPLORAÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE DINHEIRO NA ECONOMIA [ART. 3º, § 2º, DO CDC]. MOEDA E TAXA DE JUROS. DEVER-PODER DO BANCO CENTRAL DO BRASIL. SUJEIÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.

1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

3. O preceito veiculado pelo art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em coerência com a Constituição, o que importa em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticadas por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia estejam excluídas da sua abrangência.

(...)” (STF, ADI 2591, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, Rel. para acórdão Ministro EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, j. 06/06/2006, DJ 29/09/2006).

<sup>73</sup> Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/advogado-de-defesa/tag/plano-collor/>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

Ademais, mesmo no eventual caso de improcedência dos pedidos das ações coletivas e da inexistência de coisa julgada a afetar individualmente os consumidores, seria muito difícil que, havendo o precedente desfavorável nas ações coletivas, resultado diverso fosse gerado nas ações individuais, pela relevância e repercussão que as decisões nas ações coletivas representariam.

Portanto, tivessem os consumidores conhecimento do instituto das ações coletivas em trâmite e fossem elas realmente públicas no sentido de a sua existência ser de conhecimento geral, muito provavelmente não teriam corrido para a propositura de tantas ações individuais e não teriam contribuído com a sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário.

### **2.3 O microssistema de ações coletivas**

Não restam dúvidas de que o CDC é uma lei bastante avançada em prol dos direitos do consumidor e traz relevantes contribuições quanto aos processos coletivos. Todavia, em função da relevância das matérias ali tratadas, não se pode considerá-lo autossuficiente para a melhor promoção desses direitos, podendo – e devendo – o magistrado recorrer também a outras fontes para a máxima proteção do consumidor nas respectivas ações coletivas.

Já em seu artigo 7º o CDC esclarece que os direitos previstos no código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, e dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Com isso, podem-se somar ao CDC quaisquer direitos aproveitáveis aos consumidores, independentemente de sua fonte, pois o legislador não exauriu as suas possibilidades.

Ainda assim, também foi expressamente disposta no artigo 90 do CDC a aplicabilidade subsidiária das normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7347/1985, a Lei da Ação Civil Pública.

Diante dessa interação das fontes do direito do consumidor, considerarmos que o CDC é um sistema permeável que permite o uso da norma mais favorável ao consumidor, esteja ela no CDC ou em outra lei geral, lei especial ou tratado. Após fazer essa ponderação, Claudia Lima Marques emenda:

Esta abertura é tanta que o art. 7º do CDC permite a utilização de equidade para preencher lacunas em favor dos consumidores. Como se sabe, essa justiça para o caso concreto, mesmo fora do sistema, só pode ser usada pelo juiz brasileiro quando autorizada por lei (art. 4º da LICC), e aqui abre-se o sistema do CDC ao uso deste instrumento maior para alcançar a justiça e a igualdade entre os desiguais.<sup>74</sup>

Logo, depreendemos a possibilidade de ao consumidor e suas respectivas ações coletivas serem aplicadas normas favoráveis de outras leis igualmente relevantes, mas que não serão foco de detalhamento do nosso estudo, como a Lei nº 4.717/1965, da ação popular, a Lei nº 7.853/1989, que dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, a Lei nº 7.913/1989, acerca da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado financeiro, a Lei nº 12.016/2009, do mandado de segurança, que traz as disposições sobre o respectivo processo coletivo, e a Lei nº 8069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre essa última, o STJ já expressamente se referiu interagir com o CDC justamente em função do diálogo das fontes do direito do consumidor. Vejamos a ementa do acórdão em questão:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. RECUSA DE CLÍNICA CONVENIADA A PLANO DE SAÚDE EM REALIZAR EXAMES RADIOLÓGICOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. VÍTIMA MENOR. IRRELEVÂNCIA. OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE.

- A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

- Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.

---

<sup>74</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2010, p.311.

- Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010)

De forma reflexa, o artigo 21 da LACP, com a redação dada justamente pela Lei nº 8078/90, dispõe serem aplicáveis às ações civis públicas, no que couber, os dispositivos do Título III do Código de Defesa do Consumidor acima referidos, que tratam de questões processuais das ações coletivas<sup>75</sup>.

Na ausência de uma lei uniforme para todas as ações coletivas, as referências cruzadas entre as diferentes leis reforçam a existência de um microsistema de ações coletivas e o argumento de que as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor são, em regra, aplicáveis a todos os tipos de direitos coletivos e seus respectivos processos.

Esse sistema é salutar justamente por viabilizar uma maior efetividade das ações coletivas, conforme ensina Bruno Miragem ao comentar o artigo 90 do CDC:

O recurso a outras fontes de direito processual, portanto, deve ser pautado pela mesma lógica [do diálogo das fontes do direito material, especialmente entre Código Civil e CDC], sobretudo se tomarmos o CDC como um microsistema com fundamento e hierarquia constitucionais, e, neste sentido, tem em suas normas processuais instrumentos adequados à promoção da efetividade dos direitos do consumidor. Assim, observada em função do art. 7º, do CDC, a aplicação das normas processuais de outros corpos legislativos como o CPC e a Lei da Ação Civil Pública deve privilegiar necessariamente a efetividade dos direitos do consumidor consagrados pela Lei especial.<sup>76</sup>

Em sentido semelhante, ensina Patricia Miranda Pizzol:

---

<sup>75</sup> Muito embora a possibilidade de inversão do ônus da prova esteja prevista no CDC em título diferente daquele a que a LACP faz remissão, não restam dúvidas de sua aplicabilidade às ações civis públicas, por se tratar de norma processual mais benéfica ao consumidor, conforme também ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “(...) são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (...). Este instituto, embora se encontre *tematicamente* no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed. revista, atualizada e ampliada até 13 de julho de 2012. São Paulo: RT, 2012, p.1693)

<sup>76</sup> MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V. e MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed.revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2010, p.1393.



Conforme afirmamos anteriormente, antes do advento do CDC, já havia leis que disciplinavam, de forma esparsa, a tutela dessa categoria de direitos e interesses. O legislador, ao estabelecer normas materiais e processuais relativas aos direitos dos consumidores, sentiu necessidade de criar mecanismos de adaptação entre os sistemas já existentes e o do Código, sob pena de ‘ensejar duplicidade de regimes ou, o que seria pior, conflitos normativos com as disposições processuais do CDC’. Por conta dessa interação entre o CDC e esses outros diplomas legais, especialmente a LACP, foi dedicada a última parte do Código à tarefa de adaptá-los, o que ensejou o surgimento de um microsistema único, destinado à tutela de todos os direitos e interesses ‘coletivos’, com base no qual se vem sustentando a existência da denominada ‘jurisdição civil coletiva’.<sup>77</sup>

A jurisprudência também reconhece, há algum tempo, a necessidade de interpretação conjunta das leis sobre direitos e processos coletivos, conforme extraímos dos julgados abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSORTES. PRAZO EM DOBRO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LIA. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ART. 191 DO CPC. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

2. A Lei de Improbidade Administrativa estabelece prazo de 15 dias para a apresentação de defesa prévia, sem, contudo, prever a hipótese de existência de litisconsortes. Assim, tendo em vista a ausência de norma específica e existindo litisconsortes com patronos diferentes, deve ser aplicada a regra do art. 191 do CPC, contando-se o prazo para apresentação de defesa prévia em dobro, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

3. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1221254/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA

---

<sup>77</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.144.

DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA ATO DE IMPROBIDADE. CABIMENTO.

- 1 A probidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso.
2. A característica da ação civil pública está, exatamente, no seu objeto difuso, que viabiliza mutifária legitimação, dentre outras, a do Ministério Público como o órgão de tutela, intermediário entre o Estado e o cidadão.
3. A Lei de Improbidade Administrativa, em essência, não é lei de ritos senão substancial, ao enumerar condutas contra legem, sua exegese e sanções correspondentes.
4. Considerando o cânone de que a todo direito corresponde um ação que o assegura, é lícito que o interesse difuso à probidade administrativa seja veiculado por meio da ação civil pública máxime porque a conduta do Prefeito interessa à toda a comunidade local mercê de a eficácia erga omnes da decisão aproveitar aos demais munícipes, poupando-lhes de noveis demandas.
5. As consequências da ação civil pública quanto aos provimento jurisdicional não inibe a eficácia da sentença que pode obedecer à classificação quinária ou trinária das sentenças
6. A fortiori, a ação civil pública pode gerar comando condenatório, declaratório, constitutivo, autoexecutável ou mandamental.
7. Axiologicamente, é a causa petendi que caracteriza a ação difusa e não o pedido formulado, muito embora o objeto mediato daquele também influa na categorização da demanda.
8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.
9. A doutrina do tema referenda o entendimento de que ‘A ação civil pública é o instrumento processual adequado conferido ao Ministério Público para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio por ato de improbidade quanto à aplicação das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular. (...) Torna-se, pois, indiscutível a adequação dos pedidos de aplicação das sanções previstas para ato de improbidade à ação civil pública, que se constitui nada mais do que uma mera denominação de ações coletivas, às quais por igual tendem à defesa de interesses meta-individuais. (...)’ (Alexandre de Moraes in ‘Direito Constitucional’, 9ª ed., p. 333-334) (...)” (STJ, REsp 1085218/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009)

Muito embora o microssistema de ações coletivas inclua diversos tipos de ações, nossa dissertação irá enfatizar as ações pelo rito ordinário, mais comumente utilizadas para a proteção do direito coletivo do consumidor, decorrentes do Código de Defesa do Consumidor ou da Lei da Ação Civil Pública, ainda que determinados assuntos nos exijam recorrermos aos demais regramentos.

## 2.4 Principais características diferenciadoras das ações coletivas de consumo em prol da efetividade

Embora se destaquem das ações individuais nos mais diversos aspectos, as ações coletivas, especialmente as ações civis públicas, trazem duas características fundamentais que permitem sua efetividade: coisa julgada diferenciada e legitimidade ativa.

Com efeito, ensina Patricia Miranda Pizzol<sup>78</sup>:

pela própria natureza do direito coletivo, não se tratando de direito subjetivo pertencente a um indivíduo determinado, a sua efetiva proteção não é possível dentro da concepção individualista do Direito Civil e do Direito Processual Civil tradicionais, que refletem o liberalismo do século XIX. Daí a necessidade de adaptação de alguns institutos como, por exemplo, a legitimidade e a coisa julgada.

Nesse mesmo sentido, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

Vê-se portanto que por dois aspectos essenciais se caracteriza a técnica processual empregada para a tutela referente aos valores transindividuais: a outorga de *legitimidade* ao Ministério Público e outras entidades para agirem em juízo e a *extensão dos efeitos da sentença* e da sua autoridade de coisa julgada a sujeitos que não fizeram parte do processo mas que a lei considera *legitimamente representados* pelas entidades autorizadas a agir.

Passaremos, pois, a examinar os principais aspectos de cada um desses institutos.

### 2.4.1 Coisa julgada

A coisa julgada adquire tratamento distinto nas ações coletivas de direito do consumidor em relação às ações individuais propostas pelos destinatários finais de produtos e serviços, tanto pelo seu alcance subjetivo como por depender de variantes do fundamento da decisão judicial para se formar. Com efeito, conforme os artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, assim será tratada a coisa julgada nas ações coletivas:

1) ações tutelando direitos difusos: a decisão de procedência dos pedidos da ação fará coisa julgada *erga omnes* (podendo o indivíduo fazer o transporte *in utilibus* da coisa julgada na ação coletiva, para liquidar e executar a indenização decorrente do seu dano sofrido), a decisão de improcedência por

---

<sup>78</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 5 mai. 2013, p. 11.

insuficiência de provas fará coisa julgada *erga omnes*, mas pode haver repropositura da ação com base em prova nova<sup>79</sup>, e a decisão de improcedência com suficiência de provas igualmente fará coisa julgada *erga omnes*. Os indivíduos não ficarão impedidos de promover suas ações individuais em nenhum caso, sendo vinculados pela decisão negativa que não seja por falta de provas apenas os colegitimados para a propositura de ações coletivas. A sentença terminativa fará coisa julgada formal;

2) ações tutelando direitos coletivos *stricto sensu*: a decisão de procedência fará coisa julgada “ultra partes” para o grupo, categoria ou classe, a decisão de improcedência por insuficiência de provas fará coisa julgada “ultra partes” para o grupo, categoria ou classe, mas pode haver repropositura da ação com base em prova nova, e a decisão de improcedência com suficiência de provas igualmente fará coisa julgada “ultra partes” para o grupo, categoria ou classe. Os indivíduos não ficarão impedidos de promover suas ações individuais em nenhum caso, sendo vinculados pela decisão negativa que não seja por falta de provas apenas os colegitimados para a propositura de ações coletivas. A sentença terminativa fará coisa julgada formal;

3) ações tutelando direitos individuais homogêneos: a decisão de procedência fará coisa julgada *erga omnes*. Em caso de improcedência, os indivíduos não ficarão impedidos de promover suas ações individuais, exceto aqueles que tenham intervindo no processo como litisconsortes (artigo 103, §2º do Código de Defesa do Consumidor). A sentença terminativa fará coisa julgada formal.

Nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, o indivíduo que tiver proposto ação individual e tiver sido comunicado nos autos sobre a ação coletiva deverá requerer a sua suspensão para eventualmente se beneficiar do êxito dessa última. Se não o fizer, estará sujeito aos desdobramentos de seu processo individual, mas se o fizer não será negativamente afetado (ao menos de maneira objetiva) com a improcedência do pedido na ação coletiva, embora a sentença desta evidentemente sirva como um fortíssimo precedente para a ação individual.

Todavia, segundo o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública:

A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

---

<sup>79</sup> Segundo Patricia Miranda Pizzol, por prova nova deve-se entender prova desconhecida pelo autor na época, ou, se conhecida, que ele não tivesse acesso, ou então prova técnica inexistente na época, tratando-se essa prova de requisito de admissibilidade para a nova ação. (PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 5 mai. 2013, p.17).

Portanto, esse dispositivo limita a coisa julgada nas ações coletivas somente ao alcance territorial do órgão prolator da decisão judicial, afastando a possibilidade de aqueles lesados pelo réu da ação coletiva executarem a sentença no foro de seu domicílio quando este estiver em local diferente do território sobre o qual o órgão prolator da decisão tem competência.

Conforme tivemos a oportunidade de apontar em artigo sobre o tema<sup>80</sup>, o referido dispositivo legal teve sua redação atual determinada pela MP 1570/97 em um momento em que decisões de um único juízo do Brasil favoreciam multidões em todos os lugares do país, muitas vezes em casos contrários à União, que se via obrigada a indenizar as pessoas que buscassem a liquidação e/ou a execução de seus direitos.

Como expusemos na ocasião, com exceção da obra de Hely Lopes Meirelles<sup>81</sup>, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, que defende a referida medida provisória ao sugerir que “A alteração [do artigo 16 da LACP] esclarece melhor a extensão do texto já vigente, sem modificação substancial, na medida em que, pelo princípio federativo, não faz sentido a decisão do Poder Judiciário de um Estado ter efeitos gerais também em outro”, o atual artigo 16 da LACP é alvo de maciças e corretas críticas na literatura jurídica.

Lembramos que Ada Pellegrini Grinover<sup>82</sup>, Patricia Miranda Pizzol<sup>83</sup> e Hugo Nigro Mazzilli<sup>84</sup> apontam que a limitação da coisa julgada multiplica demandas e aumenta o risco de decisões contraditórias, desprestigiando o Poder Judiciário, justamente o oposto do intuito do legislador da LACP e do CDC<sup>85</sup>.

Em nosso artigo, indicamos também que Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>86</sup> defendem a inconstitucionalidade da medida provisória que alterou a redação do artigo em questão, por ofender princípios do direito de ação, da razoabilidade e da

---

<sup>80</sup> GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. **Comentário de jurisprudência**: nova visão do superior tribunal de justiça sobre o artigo 16 da lei da ação civil pública. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/artigos/artigo.htm>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

<sup>81</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 241.

<sup>82</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 939.

<sup>83</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 588.

<sup>84</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 291.

<sup>85</sup> Essa crítica à possibilidade de decisões contraditórias decorrentes da multiplicidade de demandas recebe destaque ainda maior à luz dos esforços do legislador processual civil a partir do final da década de 1990 justamente no sentido contrário, ou seja, para prestigiar precedentes jurisprudenciais, concentrar julgamentos e reduzir a insegurança jurídica. Nesse sentido, exemplificativamente, pode-se citar os seguintes artigos do CPC: 285-A (acrescentado pela Lei nº 11.277/2006), 518, §1º (acrescentado pela Lei nº 11.276/2006), 543-C (acrescentado pela Lei nº 11.672/2008), e 557, *caput* e §1º (acrescentados pela Lei nº 9756/1998).

<sup>86</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed. revista, atualizada e ampliada até 13 de julho de 2012. São Paulo: RT, 2012, p.1685.

proporcionalidade, e por não ser o caso de medida provisória, diante da ausência dos requisitos urgência e relevância exigidos pelo artigo 62, *caput*, da Constituição da República.

Além dos problemas mencionados, salientamos em nosso texto que a doutrina traz inúmeros motivos pelos quais a alteração do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública seria ineficaz. O primeiro deles, defendido por Ada Pellegrini Grinover<sup>87</sup>, Hugo Nigro Mazzilli<sup>88</sup>, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery<sup>89</sup> e Patricia Miranda Pizzol<sup>90</sup>, é o de que o artigo 103, III, do CDC permanece inalterado, e ressalta a ocorrência de coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, quanto a direitos individuais homogêneos. Segundo a melhor interpretação sistemática dada ao CDC e à LACP pela doutrina, o fato de os artigos 90 do CDC e 21 da LACP fazerem referência recíproca e permanecerem íntegros reforça a ideia de que o microssistema das ações coletivas ainda deve vigorar e, portanto, o artigo 103 do CDC deve prevalecer sobre o artigo 16 da LACP.

Expusemos também que Ada Pellegrini Grinover<sup>91</sup> alude ao artigo 93 do CDC para salientar que esse dispositivo define a competência territorial nas ações coletivas e é aplicável não somente nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, mas também direitos difusos e coletivos. Pelo fato de o artigo definir a competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou o perigo de dano for de âmbito regional ou nacional, a restrição da coisa julgada pelo artigo 16 da LACP aos “limites da competência do órgão prolator” não consegue mitigar o alcance dela, pois basta buscar o órgão competente conforme o artigo 93 do CDC para que a sentença seja eficaz *erga omnes*.

Como também lembramos na ocasião, o artigo 16 da LACP limitou a competência, mas nada mencionou sobre o objeto do processo, o fator definidor da abrangência da coisa julgada, sem qualquer interferência da competência.

Ademais, constatamos que, na opinião de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>92</sup> e Patricia Miranda Pizzol<sup>93</sup>, da qual compartilhamos, o artigo 103 do CDC já

---

<sup>87</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed.revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 940.

<sup>88</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 293.

<sup>89</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed. revista, atualizada e ampliada até 13 de julho de 2012. São Paulo: RT, 2012, p.1685.

<sup>90</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p.589.

<sup>91</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 941.

<sup>92</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed. revista, atualizada e ampliada até 13 de julho de 2012. São Paulo: RT, 2012, p.1686.

<sup>93</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 587.

havia tacitamente revogado o artigo 16 da LACP, por ser lei posterior. Conforme o artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, esta revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior, podendo considerar ter ocorrido uma das últimas duas formas de revogação apontadas pelo dispositivo.

Assim, quando editada a Lei nº 9.494/97, prevalecia o artigo 103 do CDC e não mais vigorava o artigo 16 da LACP, não podendo ser alterado o que não mais existia. Para que a nova redação do artigo 16 da LACP pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia formal e material), deveria a Lei nº 9.494/97 ter inserido na LACP o artigo 16, pois não se admite a repristinação de lei no direito brasileiro, conforme artigo 2º, §3º LICC: “Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Se superados os argumentos acima, relembramos que o artigo 16 da LACP, de acordo com sua nova redação, não se aplicaria às ações coletivas tutelando direitos individuais homogêneos. Isto porque aquele dispositivo estabelece a regra da ocorrência de coisa julgada *secundum eventum litis* (e *secundum eventum probationis*), pela qual não se operaria a coisa julgada *erga omnes* nos casos de improcedência do pedido por insuficiência de provas. Essa regra do *non liquet* em caso de improcedência por insuficiência de provas somente está prevista pelo artigo 103, I e II do CDC (ou seja, para ações relativas a direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*), mas não ao inciso III do mesmo dispositivo (ações relativas a direitos individuais homogêneos).

A inaplicabilidade do artigo 16 da LACP ao menos às ações coletivas tutelando direitos individuais homogêneos também seria imposta, conforme apontam Ada Pellegrini Grinover<sup>94</sup> e Patricia Miranda Pizzol<sup>95</sup>, se não for admitida a interação entre CDC e LACP e consequentemente a aplicabilidade do artigo 103 do CDC às ações civis públicas, prejudicando o referido artigo 16. Isso porque, no caso de negação do microssistema entre as leis em questão, entender-se-ia que a LACP só disciplina interesses difusos e coletivos, conforme o artigo 1º, IV.

Mais do que isso, na linha de Ada Pellegrini Grinover<sup>96</sup>, no limite, a regra do artigo 16 da LACP somente se aplicaria a direitos difusos, pois menciona efeitos *erga omnes*

---

<sup>94</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed.revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 940-941.

<sup>95</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p.590.

<sup>96</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed.revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 940.

(artigo 103, I, do CDC), enquanto a coisa julgada nas ações de direitos coletivos *stricto sensu* é tratada como “ultra partes” no artigo 103, II, do CDC.

Patricia Miranda Pizzol<sup>97</sup> ainda expõe que, em último caso, se não fossem reconhecidos os motivos de ineficácia do artigo 16 da LACP, então, ao menos perante as ações de consumo, o CDC deveria ser aplicado, pelo princípio da especialidade. Já há jurisprudência lembrando que, para os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, a inaplicabilidade do artigo 16 da LACP é ainda mais latente, pois:

Finalmente, embora haja doutrina e precedentes que, para contornar o art. 16 da LACP, aduzam que o dispositivo somente possui operância quando se tratar de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, sendo inaplicável a direitos individuais homogêneos, o fato é que - para os direitos difusos e coletivos em sentido estrito - é que está a maior dificuldade de aplicação da norma, porquanto supõem, por definição, titulares indeterminados ou indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, sendo imprópria a cisão dos efeitos da sentença em razão de alegada limitação territorial. (STJ, REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011)

Muito em função das severas críticas da doutrina, o STJ, outrora maciçamente simpático ao texto do artigo 16 da LACP<sup>98</sup>, vem modificando (ainda não pacificamente) seu entendimento para não mais limitar a abrangência da coisa julgada ao território de competência do órgão prolator, permitir ao instituto da ação civil pública deter muito mais efetividade e propiciar Justiça em tempo adequado a milhões de consumidores que, de outro modo, precisariam propor ações individuais ou aguardar que algum colegitimado o fizesse em seu domicílio. Nesse sentido, pronunciou-se a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual "a eficácia *erga omnes* circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário" (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide. Caso contrário, "esse diferenciado regime processual não

<sup>97</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p.590.

<sup>98</sup> E.g.: “EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. LIMITES. JURISDIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1 - Consoante entendimento consignado nesta Corte, a sentença proferida em ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência do órgão prolator da decisão, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/85, alterado pela Lei nº 9.494/97. Precedentes.

2 - Embargos de divergência acolhidos.” (STJ, EREsp 411.529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 24/03/2010)



se justificaria, nem seria eficaz, e o citado interesse acabaria privado de tutela judicial *em sua dimensão coletiva*, reconvertido e pulverizado em multifárias demandas individuais" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Op. cit.* p. 325), "*atomizando*" as lides na contramão do moderno processo de "*molecularização*" das demanas (sic).<sup>99</sup>

Não nos parece restar dúvidas, seja por cada um dos argumentos expostos, seja com base no princípio da efetividade processual, o artigo 16 da LACP deve ser interpretado sistematicamente junto às normas do Código de Defesa do Consumidor, especialmente do artigo 103, de maneira que os efeitos da coisa julgada possam ser considerados os mais amplos possíveis, beneficiando consumidores de todo o país, independentemente do órgão julgador<sup>100</sup>.

#### 2.4.2 Legitimidade ativa

Conforme prevê o artigo 5º da Lei nº 7.347/85, têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O artigo 82 da Lei nº 8078/1990, por sua vez, dispõe que para a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, são legitimados concorrente e disjuntivamente:

I - o Ministério Público; II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; 4) as associações

<sup>99</sup> STJ, REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

<sup>100</sup> Nesse sentido, o artigo 32 do Projeto de Lei nº 5139/2009 dispõe que: "A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados". Por sua vez, o PLS 282/2012 inclui no artigo 81 do CDC o §4º, segundo o qual: "A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional". Em sentido semelhante, altera a redação do artigo 16 da LACP para eliminar a restrição territorial atualmente prevista e fazer constar que: "Art. 16. A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas."

legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. §1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Resta saber, então, se a legitimidade dos órgãos listados nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC é ordinária ou extraordinária (ou seja, se o autor da ação coletiva é o titular do direito buscado em juízo ou não), ou se ela recebe uma classificação distinta daquela tradicional<sup>101</sup>.

Segundo a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>102</sup>, com a qual concordamos, a legitimidade indicada nesses dispositivos depende do tipo de direito coletivo tutelado: para os casos de direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, a legitimidade pode ser classificada como autônoma para a condução do processo; por outro lado, quando se trata de interesses ou direitos individuais homogêneos, a legitimidade seria extraordinária.

Face à sua relevância e criatividade, vale transcrevermos trecho da doutrina dos mencionados professores:

**Legitimação autônoma para a condução do processo. Ação coletiva para a defesa de direitos difusos ou coletivos.** A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo (...). **Legitimação extraordinária (substituição processual). Ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos.** Trata-se de hipótese de substituição processual..., porque a lei legitimou outrem para a defesa em

<sup>101</sup> Nas palavras de José Frederico Marques “A legitimação para agir (legitimatío ad causam) diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação. É a pertinência subjetiva da ação, como diz Buzaid. (...) A legitimação pode ser ordinária ou extraordinária: dá-se primeira quando a ação é exercida pelo titular do interesse afirmado na pretensão e contra aquele que resistiu à pretensão; dá-se, ao revés, a legitimação extraordinária quando a lei confere o direito de ação a quem não seja titular do direito afirmado na pretensão, como ocorre nos casos de substituição processual...”. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I. Campinas: Millennium, 2000, p. 25).

<sup>102</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 974.

juízo, em nome próprio, de direito alheio cujo titular é identificável e individualizável. Aplica-se a esta ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos o regime da substituição processual (CPC 6º), com as particularidades previstas no sistema do processo civil coletivo (CF, LACP, CDC etc.)

Classificação semelhante é dada por Luiz Antonio Rizzato Nunes<sup>103</sup>, para quem a legitimidade ativa no caso das ações coletivas para a proteção dos direitos difusos e coletivos é autônoma. Não se trata de substituição processual, mas de qualidade típica do instituto da ação coletiva, pertencendo, por isso, autonomamente a cada uma das entidades, que respondem por si mesmas na ação. Segundo o entendimento do doutrinador, o objeto do direito difuso ou coletivo *stricto sensu* em jogo não pertence ao ente autor, mas a ação sim, e é exercida no âmbito de sua autonomia, ao contrário daquelas referentes aos direitos individuais homogêneos nas quais a legitimidade é extraordinária, sendo caso de substituição processual.

Destacamos, no entanto, que parte da doutrina não faz essa diferenciação da legitimidade ativa dependendo do direito coletivo que se busca tutelar, comumente se referindo-se à legitimidade ora discutida sempre como extraordinária, pelo fato de se defender direito alheio em qualquer circunstância. Nesse sentido, Teori Albino Zavascki<sup>104</sup>:

Destinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas, as ações civis públicas caracterizam-se por ter como legitimado ativo um substituto processual: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público ou, ainda, entidades ou associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos... Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.

Dizemos que a legitimidade destes órgãos é concorrente e disjuntiva<sup>105</sup>, pela possibilidade de qualquer um dos colegitimados propor a ação coletiva (concorrentemente), e

<sup>103</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.700-701.

<sup>104</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p. 15-64.

<sup>105</sup>“PROCESSUAL CIVIL -AÇÃO CIVIL PÚBLICA -LEGITIMAÇÃO ATIVA CONCORRENTE E DISJUNTIVA -DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO/NOTIFICAÇÃO/CITAÇÃO DE QUALQUER OUTRO CO-LEGITIMADO ATIVO PARA PARTICIPAR DO PROCESSO -INTELIGÊNCIA DO ART. 5º DA LEI N.º 7.347, DE 24.07.1985. - O ordenamento jurídico pátrio, ao tratar da legitimação ativa para propositura de ações civis públicas, confere legitimidade concorrente e disjuntiva aos entes arrolados no art. 5º,

por não haver necessidade de um colegitimado atuar na companhia de outro (legitimidade disjuntiva), formando-se litisconsórcio ativo.

Isso tem especial reflexo no entendimento do instituto da litispendência entre ações coletivas, dado que as partes são um dos elementos identificadores da ação para tal fim, conforme o artigo 301, §2º do CPC. Em relação a esse aspecto, Teresa Arruda Alvim Wambier<sup>106</sup> afirma:

No que diz respeito ao autor da ação coletiva, o que nos parece mais importante frisar é a absoluta irrelevância de que se reveste o dado relativo a quem intente a ação, ao autor, propriamente dito: ou seja, tanto faz se o autor coletivo seja o Ministério Público, uma associação, um sindicato, um município, a não ser que o fato de se tratar de ação intentada por a ou b influa na circunstância de um grupo x ou y de pessoas serem afetadas pela decisão. Na verdade, o aspecto subjetivo da litispendência, que nas ações individuais se verifica pelo exame das partes, nas ações coletivas se afere em função das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão.

Isto significa que, como diferentes órgãos possuem legitimidade ativa concorrente e disjuntiva para a propositura da ação coletiva, e porque eles não o fazem em nome de direito próprio, mas autonomamente ou em substituição processual, a ação proposta por um ou outro dos colegitimados teoricamente alcançaria o mesmo objetivo e estaria a defender, com igual intensidade e engajamento, os interesses idênticos das mesmas pessoas, ainda que indeterminadas e indetermináveis. Haveria, portanto, litispendência apta a gerar a extinção de um (ou mais) dos processos sem resolver o mérito.

Esse seria, de fato, o mundo ideal. Entretanto, na prática, muitas ações coletivas são propostas de uma forma não tão cuidadosa, deixando o autor colegitimado de explorar certos argumentos ou provas que poderiam ser determinantes ao êxito dos pedidos, e sem conduzir o processo da melhor maneira possível para a coletividade. Tal fato pode ocorrer voluntariamente ou não. Conforme indicaremos adiante quando tratarmos dos poderes do juiz na fase postulatória do processo, eventualmente poderia faltar legitimidade a um ente indicado pela lei como tal, por falta de representatividade adequada.

Assim, mesmo se existirem duas ações coletivas com causas de pedir, pedidos e réus idênticos, mas autores diferentes, apesar de buscarem o mesmo direito e serem

---

da Lei n.º 7.347, de 24.07.1985, isso significando, portanto, que cada ente legitimado pode ajuizar a ação independentemente da anuência, autorização ou participação dos demais co-legitimados.” (TRF2 - Apelação Cível: AC 266894 2001.02.01.022497-0, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Rel. Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, j. 6.4.2006)

<sup>106</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Litispendência em ações coletivas**. Revista da Ajuris nº 106, ano XXXIV, jun. 2007, p. 294.

igualmente legitimados ativos, pode ser mais recomendável em prol da coletividade que o magistrado determine a reunião dos autos para o julgamento conjunto em vez de simplesmente extinguir um dos processos sem resolver o mérito.

Aparentemente, é exatamente essa a intenção do projeto de lei 5139/2009, no § 2º do artigo 5º: “§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau”.

A esse respeito, apontamos o entendimento de Georgios Alexandridis<sup>107</sup>, fundado em interpretação de Gregório Assagra de Almeida, no sentido de que a litispendência em ações coletivas propostas por colegitimados distintos não deve gerar a extinção de processos, mas a reunião de autos para julgamento conjunto, para prestigiar a coletividade em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos processos coletivos.

Apesar de ser escassa a jurisprudência a respeito de litispendência entre ações coletivas, há decisões reconhecendo o descabimento desse instituto nessas circunstâncias, especialmente (1) por alegadamente faltar identidade de partes; (2) em prestígio ao importante instituto das ações coletivas, e (3) pelo fato de a coisa julgada somente se formar *secundum eventum litis*, e, aparentemente por não poder ser antevisto o resultado da lide já em andamento, não seria adequado extinguir um novo processo. A esse respeito, vejamos a transcrição parcial de julgado mantido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>108</sup> por ausência de impugnação desse trecho pelo recorrente e pelo fato de se considerar razoável fundamentação para o ponto:

a construção do instituto da litispendência não tem adequação às ações coletivas, não só porque refoge à sua natureza, mas também porque se buscarmos a sua incidência estaremos coarctando a garantia que representa a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos através de ações coletivas. Ademais, não pretendeu o legislador que assim fosse, e isto fica claro ao considerarmos que o Código de Defesa do Consumidor afasta a possibilidade de litispendência entre ações coletivas e individuais, em seu artigo 104.

Entretanto, não só em face das ações individuais, há que se concluir pela inexistência da possibilidade de litispendência, mas também entre ações coletivas, e esta conclusão decorre do próprio tratamento que foi dado à coisa julgada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ora, estabelece o artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor que nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada ‘erga omnes’, apenas

---

<sup>107</sup> ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Barnabé. **O pedido no processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p.139-145.

<sup>108</sup> STJ, AgRg no REsp 1134957/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012.

no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III do parágrafo único do artigo 81.

E, na situação presente, a ação coletiva é justamente aquela tratada no inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, dado que esse inciso versa especificamente da defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. Nessa linha de raciocínio, tem-se que é inadmissível concluir pela possibilidade da caracterização de litispendência entre ações coletivas diversas, se nem mesmo é viável falar-se em coisa julgada “erga omnes”, posto que essa situação somente restará evidenciada na hipótese de procedência do pedido.

Embora não concordemos integralmente com o conteúdo dessa decisão, por entendermos existir o instituto da litispendência entre ações coletivas ainda que o autor colegitimado não seja o mesmo, mas esteja buscando idêntico direito coletivo, o julgado reforça a necessidade de, a nosso ver, preservarem-se ao máximo as ações coletivas.

Assim, entendemos que somente ações coletivas propostas exatamente pelo mesmo ente colegitimado, com mesmos pedidos e causas de pedir é que deveriam induzir à extinção de processos sem resolução do mérito, por força do artigo 267, V do Código de Processo Civil.

#### 2.4.2.1 As particularidades das associações

Conforme indicamos, as associações constituídas há mais de um ano (podendo esse prazo ser dispensado pelo juiz quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido<sup>109</sup>) e que, cumulativamente, tenham dentre as suas finalidades institucionais a proteção dos direitos do consumidor, possuem legitimidade ativa para propor ações coletivas relacionadas a lides de consumo, na forma dos artigos 5º, V e §4º da LACP e 82, IV e §1º do CDC.

O artigo 82, IV, do CDC, prestigiado pela jurisprudência<sup>110</sup>, expressamente dispensa a autorização assemblear para a propositura de ação coletiva por associações.

---

<sup>109</sup> Assim, caberá ao magistrado competente para o julgamento da ação coletiva a iniciativa de avaliar a ocorrência dos requisitos legais e aceitar a dispensa da preconstituição, caso contrário a ação será extinta sem resolução do mérito por carência de ação. Mas Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery bem ressaltam que a dispensa do requisito da preconstituição não pode ser aplicada aos mandados de segurança coletivos. Segundo os referidos doutrinadores, “Para impetrar MS coletivo, a associação deve estar constituída há pelo menos um ano, porque essa exigência se encontra no texto constitucional (CF 5º. LXX b), vedado à lei ordinária dispensá-la.” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 975). Ademais, esse requisito foi incluído sem ressalvas no artigo 21 da Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009).

<sup>110</sup> “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CENTRO ACADÊMICO DE DIREITO. LEGITIMIDADE. ASSOCIAÇÃO CIVIL REGULARMENTE CONSTITUÍDA. REPRESENTAÇÃO ADEQUADA. LEI N.º 9.870/99. EXEGESE SISTEMÁTICA COM O CDC.

No entanto, em relação às ações propostas em face de entidades da administração direta ou indireta da União, dos Estados, dos Municípios ou do Distrito Federal, o artigo 4º da Medida Provisória 2.180-35, de 24.8.2001 (ratificado pelo parágrafo único do artigo 2º-A da Lei nº 9494/94), exigiu que, dentre os documentos a instruírem a petição inicial, esteja a ata da assembleia da entidade que autorizou a propositura da ação, acompanhada da relação nominal dos associados e seus endereços.

Pensamos ser esse dispositivo inconstitucional, por conferir ao Poder Público privilégio sem qualquer fundamento, que dificulta a efetividade dos direitos do consumidor e desequilibra a relação com o fornecedor sem qualquer propósito plausível. É esse o entendimento de Antônio Herman V. Benjamin<sup>111</sup>, para quem

existe nesse caso uma clara fusão entre as hipóteses nas quais as associações demandam em seu próprio nome, representando seus associados – hipótese em que a própria Constituição, no seu art. 5º, XXI, exige a autorização assemblear – e as demandas coletivas, nas quais as associações exercem espécie de direito próprio.

No mesmo sentido, e com absoluta razão, a nosso ver, Kazuo Watanabe<sup>112</sup> critica o fato de o legislador confundir a figura da representação, para a qual a própria Constituição da República prevê (no artigo 5º, XXI) a necessidade de autorização dos associados, com a da legitimação para as ações coletivas, como se estas acompanhassem a

1. Os "Centros Acadêmicos", nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos arts. 82, IV, do CDC, e art. 5º da Lei n.º 7.347/85.

2. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização ad hoc dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível.

3. Por outro lado, o art. 7º da Lei 9.870/99, deve ser interpretado em harmonia com o art. 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser "dispensada a autorização assemblear" para as associações ajuizarem a ação coletiva.

4. Os centros acadêmicos são, por excelência e por força de lei, as entidades representativas de cada curso de nível superior, mercê do que dispõe o art. 4º da Lei n.º 7.395/85, razão pela qual, nesse caso, o "apoio" a que faz menção o art. 7º, da Lei n.º 9.870/99 deve ser presumido.

5. Ainda que assim não fosse, no caso houve assembléia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei n.º 9.870/99 (fls. 76/91), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido.

6. Recurso especial provido." (STJ, REsp 1189273/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011)

<sup>111</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006, p. 989.

<sup>112</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 843.

regra dos processos individuais. Nesta hipótese a associação litigaria em nome próprio para beneficiar apenas os seus associados, o que evidentemente não é o caso de uma ação coletiva.

Todavia, a jurisprudência tem ocasionalmente decidido pela constitucionalidade e aplicabilidade deste dispositivo, ainda que o faça como *obiter dictum* para reforçar decisões *a contrario sensu* sobre a inaplicabilidade do artigo em ações coletivas propostas contra pessoas jurídicas de direito privado. Vejamos a passagem de acórdão do Superior Tribunal de Justiça relatado pela Ministra Nancy Andrigli:

Por sua vez, o parágrafo único do art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97, não é igualmente aplicável à hipótese. Estabeleceu-se ali que ‘nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços’. A simples interpretação literal do referido dispositivo de lei leva à conclusão evidente de que ele só se aplica às ações coletivas propostas contra entidades de Direito Público, o que não é a hipótese dos autos. (STJ, REsp 805.277/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 08/10/2008).

Por outro lado, acórdãos da mesma época ignoram a imposição do parágrafo único do artigo 2º-A da Lei nº 9494/97 e consideram legítima a associação autora de ação coletiva mesmo quando esta não instrui a petição inicial da ação coletiva com a ata da assembleia que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e respectivos endereços:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATA DA ASSEMBLÉIA DA ENTIDADE ASSOCIATIVA QUE A AUTORIZOU. JUNTADA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. "Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal os seus associados e indicação dos respectivos endereços" (art. 2º-A da Lei 9.494/97).

2. Tratando-se de agravo de instrumento interposto contra decisão monocrática proferida em sede de ação coletiva, é dispensada a juntada das peças obrigatórias previstas no art. 2º-A da Lei 9.494/97. Precedentes do STJ.



3. Os sindicatos e associações têm legitimidade para, na condição de substitutos processuais, ajuizarem ações na defesa do interesse de seus associados, independentemente de autorização expressa destes, tendo em vista que a Lei 9.494/97, ao fixar requisitos ao ajuizamento de demandas coletivas, não poderia se sobrepor à norma estabelecida nos incisos LXX do art. 5º e III do art. 8º da Constituição Federal. Precedentes da Primeira e Quinta Turmas do STJ.

4. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 866.350/AL, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 01/09/2008)

Mesmo sendo o julgado acima relacionado a ação proposta contra um estado da federação e, portanto, teoricamente sujeita ao disposto no parágrafo único do artigo 2º-A da Lei nº 9494/97, notamos da fundamentação do acórdão, como em geral de outros julgados sobre o tema, uma certa confusão ou equivocada alusão a outros julgados que dispensavam a apresentação de tais documentos em ações coletivas propostas contra pessoas jurídicas de direito privado.

Adicionalmente ao requisito discutido acima, o artigo 82 do CDC e o artigo 5º da LACP indicam que é preciso aferir a pertinência temática das associações e das entidades da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. De fato, devem elas ser destinadas à defesa dos interesses protegidos pelo CDC para que possam propor ações coletivas relacionadas ao tema.

Em nossa opinião, se a associação já estiver constituída há mais de um ano, mas não contiver dentre as suas finalidades institucionais a defesa do direito do consumidor, e se surgir a necessidade de propositura de alguma ação coletiva imediata, poderá ela alterar o seu estatuto para incluir nova finalidade, não sendo preciso aguardar um ano a partir de então para promover ação relativa ao objeto da alteração.

Até mesmo a pré-constituição da associação pode ser dispensada, nos casos dos artigos 82, §1º do CDC e 5º, §4ª da LACP, por manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou pelas características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Assim, se presentes esses fatores, não haverá dúvidas de que a alteração estatutária não precisaria ser superior a um ano<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> Em interessante julgado, o Superior Tribunal de Justiça já admitiu que, mesmo no caso de a associação autora de ação coletiva não ter sido constituída há mais de um ano e não ser beneficiária da dispensa desse requisito, na forma dos artigos 82, §1º do CDC e 5º, §4ª da LACP, o fato de o primeiro aniversário da associação ter se dado no curso do processo coletivo seria suficiente para suprir o vício e corroborar a legitimidade ativa, como uma espécie de implementação superveniente da condição da ação. Entendemos que esse julgado, cuja ementa segue transcrita abaixo, é um ótimo exemplo da conduta que o magistrado deve adotar para evitar a extinção do processo quando este pode ser aproveitado, mas recomendamos especial cautela nessa atitude pelo risco de se banalizar a prática da propositura da ação por associações não pré-constituídas. Posto que a grande maioria dos

Por fim, ressaltamos que, na omissão da Lei quanto à forma de configuração da finalidade da associação, entendemos que o mais correto seria analisarmos o seu estatuto, que pode ser genérico, mas não deve, em princípio, ser desarrazoado, conforme esclarece Hugo Nigro Mazzilli em trecho destacado por julgado no STJ<sup>114</sup>:

3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: “(...)A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses”. in *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278.

---

processos dura mais de um ano, praticamente qualquer ação coletiva teria a condição implementada posteriormente. Assim, somente em casos de extrema gravidade para a coletividade deve esse requisito ser ignorado pelo magistrado.

“Processo civil. CDC. Recurso especial. Ação civil pública. Tempo mínimo de constituição da associação. Legitimidade ativa.

- Nos termos da legislação consumerista, a associação legalmente constituída há pelo menos um ano tem legitimidade para promover a defesa coletiva dos interesses do consumidor.

- Em observância aos princípios da economia processual e efetividade da jurisdição, deve ser reconhecida a legitimidade ativa da associação que complete um ano de constituição durante o curso do processo.

Recurso especial não conhecido.” (STJ, REsp 705469/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 456)

<sup>114</sup> STJ, AgRg no REsp 901.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 16/03/2009.

Conforme exporemos mais adiante, no capítulo sobre os atos do juiz na fase postulatória do processo, pensamos que se o magistrado perceber que determinada associação não atua efetivamente para a defesa dos direitos alegados, e especialmente se entender que o intuito da associação é agir em conluio com o réu da ação coletiva apenas para prejudicar futuras demandas, certamente pode ele considerar determinada associação parte ilegítima por falta de representatividade adequada. É nessa linha o ensinamento de Hugo Nigro Mazzilli no trecho destacado pelo julgado do STJ, conforme comentamos.

#### **2.4.2.2 Ministério Público: defesa de direitos individuais homogêneos e atuação do órgão estadual na Justiça Federal ou do órgão federal na Justiça Estadual**

Parece-nos serem dois os principais debates sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura de ações coletivas: 1) a busca da tutela de direitos individuais homogêneos e 2) a possibilidade de o Ministério Público Estadual propor ação na Justiça Federal e de o Ministério Público Federal propor ação na Justiça Estadual.

Segundo o artigo 127 da Constituição da República, o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Por sua vez, o artigo 129, III da Constituição da República conferiu ao Ministério Público legitimidade ativa para propor ações civis públicas “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Assim, a discussão inicial decorre especialmente dos fatos de o artigo 127 somente ter se referido à defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (enquanto, para alguns, pelo menos parte dos direitos individuais homogêneos seria disponível), e de o artigo 129 apenas mencionar a defesa de interesses difusos e coletivos, mas não de direitos individuais homogêneos. Nesse cenário, surgiu a dúvida jurídica sobre a possibilidade de o Ministério Público atuar em prol de direitos individuais homogêneos, especialmente se forem considerados disponíveis.

Exemplificativamente, Kazuo Watanabe<sup>115</sup> entende que o Ministério Público não tem legitimidade para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos disponíveis (a

---

<sup>115</sup> “Em linha de princípio, somente os interesses individuais indisponíveis estão sob a proteção do *parquet*. Foi a relevância social da tutela a título coletivo dos interesses ou direitos individuais homogêneos que levou o legislador a atribuir ao Ministério Público e a outros entes públicos a legitimação para agir nessa modalidade de demanda molecular... Somente a relevância social do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá

*contrario sensu*, teria para direitos individuais homogêneos indisponíveis), justamente porque tanto os interesses ou direitos difusos como os coletivos devem ser transindividuais de natureza indivisível, o que não seria o caso daqueles.

O doutrinador ressalta ser essa a melhor interpretação do artigo 129, III da Constituição da República, sob pena de se transformar o Ministério Público em defensor de interesses individuais disponíveis, quando a sua atribuição institucional é mais relevante, conforme seria extraído do texto constitucional.

Contudo, não podemos ignorar que o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor estabelece serem de ordem pública (e, conseqüentemente, indisponíveis) os direitos nele aduzidos, e desse conceito não foram excluídos os direitos individuais homogêneos indicados no artigo 81, III da mesma lei. Ademais, o artigo 129, IX da Constituição da República conferiu ao Ministério Público a incumbência de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”, demonstrando assim que aquele rol de funções dos incisos anteriores do mesmo artigo não é exaustivo.

Ainda que se considere não serem os exemplos do rol do texto constitucional suficientes a embasar a legitimidade ativa do Ministério Público a respeito dos direitos individuais homogêneos, então ao menos não se pode negar que os artigos 5º da LACP e 82 do CDC, leis federais, expressamente conferiram “outras funções” ao *Parquet*, para a defesa de tais direitos. Desta forma estaria suprida a exigência constitucional para o funcionamento do órgão em sua plenitude.

Mas não é só: o inciso II do artigo 129 da Constituição da República ainda conferiu ao Ministério Público a função de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Carta, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Ora, muitos dos direitos do consumidor se referem a serviços de relevância pública protegidos constitucionalmente, tais como os de saúde, educação e transporte, para nos limitarmos a apenas alguns deles.

Por todos esses motivos, parece-nos inadequado restringir de qualquer forma a atuação do Ministério Público quanto aos direitos individuais homogêneos, na linha de pensamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>116</sup>, para quem os órgãos

---

justificar a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis.” (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 837).

<sup>116</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 974-975.

mencionados no artigo 82 do CDC têm legitimidade para ajuizar toda e qualquer ação coletiva, conforme os artigos 83 e 90 do CDC e 5º da LACP:

Legitimidade do MP. Pode promover qualquer ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque a ação coletiva, vale dizer, o instrumento de que pode valer-se o legitimado autônomo (direitos difusos ou coletivos) ou extraordinário (direitos individuais homogêneos), é per se manifestação do interesse social, conforme expressamente determina a o CDC 1º. A CF 129 III legitima o MP para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF 129 IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil institucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída aqui a ação coletiva *tout court*) são, *ex vi legis*, de interesse social (CDC 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a ação coletiva, ainda que na defesa de direitos individuais disponíveis. O cerne da questão é que a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social. As teses restritivas, portanto, inclusive a que entende ser inconstitucional o CDC 82 I, não se amoldam ao texto constitucional, razão por que não podem ser acolhidas, maxima *venia* concessa.

A nosso ver, entendimento diverso não se coadunaria com a melhor interpretação legal e constitucional e ainda enfrentaria uma série de dificuldades práticas que em nada contribuiriam à efetividade processual. Imaginemos uma situação na qual por uma mesma ação coletiva, decorrente de uma única conduta ilícita do réu, fornecedor de produtos ou serviços, o Ministério Público buscasse a proteção tanto de direitos difusos quanto de direitos individuais homogêneos teoricamente disponíveis (estes na visão do julgador, supondo que não concorde ser indisponível qualquer direito do consumidor).

A depender dos fatos que circundam a lide, isso seria plenamente possível. Contudo, se abarcado o entendimento de que o Ministério Público apenas poderia se envolver em ações relacionadas aos direitos difusos ou coletivos *stricto sensu*, ou, com relação a direitos individuais homogêneos, apenas aqueles indisponíveis, poderia não ser julgada a parte do pedido do *Parquet* quanto aos direitos individuais homogêneos, ao menos os supostamente disponíveis, obrigando-se a propositura de uma nova ação coletiva por outro ente colegitimado ou de várias ações individuais para esta finalidade.

Essas novas ações, além de desnecessariamente assoberebarem de trabalho o Poder Judiciário, envolveriam, ao menos em parte, as mesmas discussões travadas nos autos da ação coletiva (em sua parte remanescente), o que geraria também desgaste às partes, eventual risco de decisões contraditórias e atraso na prestação da tutela jurisdicional. Assim,

pensamos que ao Ministério Público deve ser garantida a função de buscar, por meio da ação coletiva, a proteção de qualquer direito previsto no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, inclusive individuais homogêneos de qualquer tipo (mesmo daqueles “disponíveis”, caso fosse ignorado o artigo 1º do CDC, no sentido de que todos os direitos ali tratados são indisponíveis).

A mera possibilidade de, com uma ação coletiva, serem evitadas inúmeras ações idênticas propostas isoladamente pelos titulares de direitos individuais homogêneos, e os benefícios que isso traria ao Poder Judiciário e à sociedade em geral, já nos parecem suficientes para demonstrarmos o interesse social nessa medida, independentemente dos detalhes do direito material instrumentalizado.

Lamentavelmente, a jurisprudência, inclusive a emanada do STJ, tem sido um pouco mais rigorosa nesse ponto, restringindo determinadas ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos e indicando que o fator determinante para a legitimidade do Ministério Público nessas situações advém ora da indisponibilidade desses direitos (e, nesses casos, ao menos se considera a legitimidade ativa extraordinária para a substituição processual de um único indivíduo), ora da análise subjetiva de sua relevância social (mesmo que o direito individual homogêneo seja tido como disponível), conforme extraímos das ementas a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.

1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas péticas.
3. Deveras, é mister concluir que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'curso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
4. Legitimatio ad causam do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF/1988, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis.
5. Sob esse enfoque a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis,

podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, arts. 127 e 129).

6. In casu, trata-se de Ação Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso, criança ou adolescente.

7. O direito à saúde, insculpido na Constituição Federal é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria.

8. Outrossim, o art. 6.º do CPC configura a legalidade da legitimação extraordinária cognominada por Chiovenda como "substituição processual".

9. Impõe-se, ressaltar que a jurisprudência hodierna do E. STJ admite ação individual acerca de direito indisponível capitaneada pelo MP (Precedentes: REsp 688052 / RS, DJ 17.08.2006; REsp 822712 / RS, DJ 17.04.2006; REsp 819010 / SP, DJ 02.05.2006).

10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual." (STJ, REsp 817710/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 31/05/2007)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTE DO STJ.

1. O Ministério Público possui legitimidade ad causam para propor Ação Civil Pública visando à defesa de direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis e divisíveis, quando a presença de relevância social objetiva do bem jurídico tutelado a dignidade da pessoa humana, a qualidade ambiental, a saúde, a educação.

2. Recurso especial provido." (STJ, REsp 945.785/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 11/06/2013)

Quanto ao outro relevante tema envolvendo a legitimidade do *Parquet*, sobre a viabilidade de o Ministério Público Estadual propor ação na Justiça Federal e de o Ministério Público Federal propor ação na Justiça Estadual, não vemos motivo para não ser admitida, evidentemente se integrar as atribuições daquele órgão, pela impossibilidade de se restringir injustificadamente os poderes dos seus membros e em função da efetividade processual.

Sérgio Seiji Shimura<sup>117</sup> lembra que em algumas situações existe previsão legal autorizando essa conduta, como no caso de o Ministério Público estadual poder oficiar perante a Justiça Federal em questões eleitorais, conforme os artigos 10, IX, h, 32, III, 50 e 73

<sup>117</sup> SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 66.

da Lei nº 8.625/1993). Contudo, o doutrinador acertadamente aponta que, no caso de um membro do Ministério Público estadual tentar isoladamente atuar na Justiça Federal sem atribuição para tanto, não lhe faltará propriamente ilegitimidade, mas pressuposto processual de desenvolvimento do processo, dado o defeito de representação do órgão, que é uno.

Kazuo Watanabe<sup>118</sup> também afasta qualquer dúvida a esse respeito ao comentar a possibilidade de litisconsórcios nas ações coletivas entre diferentes órgãos do Ministério Público, o que decorre de previsão legal do artigo 5º, §5º da LACP, embora seja discutível a possibilidade de falarmos em litisconsórcio porque o Ministério Público, mesmo em âmbitos federal e estadual, forma uma única instituição:

(...) E a explicitação é necessária para que não se consolide na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o Ministério Público estadual não pode atuar na justiça federal e o Ministério Público federal na estadual. Desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição. A alusão ao 'litisconsórcio' é feita, precisamente, para consagrar a possibilidade dessa atuação conjunta, com o que se evitarão discussões doutrinárias estéreis a respeito do tema e, mais do que isso, um inútil e absurdo conflito de atribuições, que não raro revela muito mais uma disputa de vaidades do que defesa efetiva da atribuição privativa de um órgão do Ministério Público.

Destacamos que a jurisprudência do STJ tem reconhecido a ilegitimidade da parte, e não a ausência de pressuposto processual, quando o Ministério Público de uma esfera (estadual ou federal) propõe ação para a qual não tem atribuição perante a Justiça de outra esfera. Vejamos:<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.852-853.

<sup>119</sup> Em semelhante sentido: "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. LEGITIMIDADE. SÚMULA 05/STJ.

1. O Ministério Público Estadual não possui legitimidade para a propositura de ação civil pública objetivando a tutela de bem da União, porquanto atribuição inserida no âmbito de atribuição do Ministério Público Federal, submetida ao crivo da Justiça Federal, coadjuvada pela impossibilidade de atuação do Parquet Estadual quer como parte, litisconsorciando-se com o Parquet Federal, quer como custos legis. Precedentes desta Corte: REsp 440.002/SE, DJ 06.12.2004 e REsp 287.389/RJ, DJ 14.10.2002.

3. É que "(...)Na ação civil pública, a legitimação ativa é em regime de substituição processual. Versando sobre direitos transindividuais, com titulares indeterminados, não é possível, em regra, verificar a identidade dos substituídos. Há casos, todavia, em que a tutela de direitos difusos não pode ser promovida sem que, ao mesmo tempo, se promova a tutela de direitos subjetivos de pessoas determinadas e perfeitamente identificáveis. É o que



PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESSARCIMENTO DE CONSUMIDORES. EXCLUSÃO DA ANATEL DA LIDE. AUSÊNCIA DE INTERESSE FEDERAL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM.

1. Hipótese em que o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública com o fito de assegurar indenização aos assinantes do serviço de telefonia do Estado do Acre em razão de irregular cobrança do custo de entrega de listas telefônicas relativas a 1989/1990.
2. O Tribunal de origem excluiu a Anatel da lide, porém manteve a competência da Justiça Federal.
3. No Recurso Especial, a recorrente sustenta a ilegitimidade do Parquet Federal, ante a exclusão da Anatel do pólo passivo.
4. Por se tratar de órgão da União, o ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição), o que não afasta a necessidade de verificação, pelo juiz, da legitimidade ad causam. Precedentes do STJ.
5. Na hipótese, a exclusão da Anatel e a ausência de interesse federal no litígio levam à conclusão de que o recorrido não possui legitimidade ativa ad causam, sem prejuízo da defesa dos direitos em tela pelo órgão ministerial estadual.
6. Recurso Especial provido.” (STJ, REsp 1060759/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJe 31/08/2009)

Interessante notarmos que, no julgamento deste recurso, embora o STJ tenha reconhecido a perda superveniente da legitimidade ativa pelo Ministério Público Federal, aparentemente não determinou a extinção do processo sem resolver o mérito, mas a assunção do processo pelo *Parquet* estadual após sua redistribuição perante a Justiça Estadual. Com

---

ocorre nas ações civis públicas em defesa do patrimônio público ou da probidade administrativa, cuja sentença condenatória reverte em favor das pessoas titulares do patrimônio lesado. Tais pessoas certamente compõem o rol dos substituídos processuais. Havendo, entre elas, ente federal, fica definida a legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Mas outras hipóteses de atribuição do Ministério Público Federal para o ajuizamento de ações civis públicas são configuradas quando, por força do princípio federativo, ficar evidenciado o envolvimento de interesses nitidamente federais, assim considerados em razão dos bens e valores a que se visa tutelar (...)” RESP 440.002/SE, DJ de 06.12.2004 .

3. In casu, a ação civil pública objetiva a tutela de bens e interesses eminentemente federais, como sói ser, a proteção de bem da União cedido ao Estado do Rio de Janeiro, cognominado Parque Lage.
4. A análise da denominada Representatividade Adequada (Adequacy of Representation) inerente às class actions equivale a aferir os objetivos estatutários, o que esbarraria na Súmula 05/STJ.
5. Deveras, cessão de bem da União situado em determinado bairro, não se encarta nos objetivos da Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico, por isso que com acerto concluiu o aresto a quo: "O objetivo da respectiva Associação de manutenção e melhoria de qualidade de vida no bairro do Jardim Botânico, buscando sustentar sua ocupação e desenvolvimento em ritmo e grau compatíveis com suas características de zona residencial, não é suficiente para deduzir pretensão envolvendo possível dano de natureza ambiental, em patrimônio da União (Parque Lage), com agressão, outrossim, a patrimônio histórico e paisagístico(..)" fl. 555.
6. Recurso Especial interposto pela Associação de Moradores e Amigos do Jardim Botânico não conhecido e recurso apresentado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro desprovido.” (REsp 876.936/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 13/11/2008)

isso, acertadamente prestigiou o princípio da efetividade processual, ainda que não tenha aludido expressamente a ele.

Por fim, apontamos que o PLS 282/2012 prevê a alteração da redação do artigo 5º, §5º da LACP, para expressamente admitir litisconsórcio facultativo entre os órgãos do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos direitos de que cuida aquela lei.

#### **2.4.2.3 Sobre a legitimidade da Defensoria**

A principal questão jurídica sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos se refere à obrigação de o conteúdo da ação envolver interesses de necessitados. Isso porque, segundo o artigo 134 da Constituição da República, “a defensoria é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”.

O Código de Defesa do Consumidor não previu expressamente no artigo 82 a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas visando defender interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>120</sup>. Apenas referiu-se, no inciso II, a “entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses protegidos por este Código”.

Embora o artigo 4º da Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública, tenha previsto como uma de suas funções institucionais “patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado”, sempre se discutiu muito a possibilidade de a Defensoria Pública propor ações coletivas para a defesa de tais direitos e interesses, especialmente porque o órgão não estava incluído no taxativo rol do artigo 5º da LACP e não era “especificamente destinado à defesa dos interesses” dos consumidores, mas à defesa dos necessitados em geral.

No julgamento da ADI-MC 558/RJ<sup>121</sup> sobre dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, inferimos ter o Supremo Tribunal Federal consignado que a Defensoria Pública agia, nas ações coletivas, não em nome próprio, mas conforme lhe cabe

---

<sup>120</sup> O PLS 282/2012, entretanto, corrige essa omissão ao prever a inclusão da defensoria pública no rol de legitimados daquele dispositivo do CDC.

<sup>121</sup> STF, ADI-MC 558/RJ, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. julgamento: 16/08/1991.

constitucionalmente, assistindo pessoas legitimadas à propositura da ação civil pública que não tenham condições econômicas de fazê-lo. Observemos trecho do julgado:

A Constituição Federal impõe, sim, que os Estados prestem assistência judiciária aos necessitados. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal. Não me impressiona, de sua vez, a increpação de que as atribuições aí deferidas à defensoria pública implicaram invasão de áreas de atuação reservadas ao Ministério Público. Essa suposição – que está subjacente a quase toda a presente ação direta e explica a sua origem –, parte, *data venia* da confusão indevida entre a legitimação ativa do Ministério Público para a promoção, em nome próprio e incondicionada, da ação civil pública (CF, art. 129, III), [e] a função de assistência judiciária, confiada à Defensoria Pública para a representação em juízo de outras pessoas físicas ou jurídicas concorrentemente legitimadas pela lei federal à defesa de interesses difusos ou coletivos (CF, art. 129, §1º).

O STF também apontou a possibilidade de a Defensoria Pública propor, nessa qualidade, ação civil pública para a tutela de direitos difusos, por conta de seu caráter “altruístico”, ainda que a sentença atinja terceiros não necessitados, mas negou a possibilidade de isso acontecer em relação à tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos (hipóteses em que as partes beneficiadas podem ser determinadas, em tese) quando houvesse, entre essas partes, pessoas não necessitadas.

A esse respeito, o voto do ministro relator ressaltou que a atuação da Defensoria Pública nesses casos “pode traduzir-se em privilégio de defesa gratuita de interesses privados de uma série de titulares não necessitados, o que não só desabordaria dos deslindes da vocação constitucional da Defensoria Pública, como caracterizaria afronta à isonomia das partes do processo”.

Esse entendimento do STF inspirou julgado bastante semelhante do STJ em recurso especial, conforme transcrevemos:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA.

I - O Tribunal a quo julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo apreciado a questão afeita à tempestividade da apelação interposta pelo ora recorrido, entendendo que lhe é assegurado o prazo em dobro para recorrer, não havendo, portanto, que se falar em nulidade do acórdão hostilizado.

II - A hipótese em tela diz respeito a ação civil coletiva, ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - NUDECON, em defesa dos consumidores de energia elétrica daquele Estado, contra Light Serviços de Eletricidade S/A e CERJ - Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, em que postula a ilegalidade de artigos da Portaria nº 466/97 do DNAEE, com a abstenção das rés em suspender o fornecimento de energia elétrica, bem como em calcular a dívida dos consumidores com base em tal regramento legal, condenando aquelas na repetição de valores pagos indevidamente.

III - A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados.

IV - O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC.

V - Recursos especiais providos, para determinar a ilegitimidade ativa ad causam do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido apelar.” (STJ, REsp 734176/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006, p. 196).

Ocorre que ambos os julgados aconteceram antes da alteração da LACP pela Lei nº 11.448/2007, a qual inseriu a Defensoria Pública como um dos entes legitimados à propositura da ação civil pública, conforme o artigo 5º, II. A ausência da Defensoria Pública desse rol é inclusive um dos fundamentos do acórdão referente à ementa a qual transcrevemos. Após a alteração legislativa, parece ter se solidificado, a nosso ver com razão, o entendimento a favor da legitimidade da defensoria pública:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 134 DA CF. ACESSO À JUSTIÇA. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5º, XXXV, DA CF. ARTS. 21 DA LEI 7.347/85 E 90 DO CDC. MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTRUMENTO POR EXCELÊNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA RECONHECIDA ANTES MESMO DO ADVENTO DA LEI 11.448/07. RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICA DO DIREITO QUE SE PRETENDE TUTELAR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Constituição Federal estabelece no art. 134 que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". Estabelece, ademais, como garantia fundamental, o

acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), que se materializa por meio da devida prestação jurisdicional quando assegurado ao litigante, em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF), mudança efetiva na situação material do direito a ser tutelado (princípio do acesso à ordem jurídica justa).

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, com o qual se comunicam outras normas, como os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados para "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

3. Apesar do reconhecimento jurisprudencial e doutrinário de que "A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais" (REsp 700.206/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/3/10), a ação civil pública é o instrumento processual por excelência para a sua defesa.

4. A Lei 11.448/07 alterou o art. 5º da Lei 7.347/85 para incluir a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da ação civil pública. Essa e outras alterações processuais fazem parte de uma série de mudanças no arcabouço jurídico-adjetivo com o objetivo de, ampliando o acesso à tutela jurisdicional e tornando-a efetiva, concretizar o direito fundamental disposto no art. 5º, XXXV, da CF.

5. In casu, para afirmar a legitimidade da Defensoria Pública bastaria o comando constitucional estatuído no art. 5º, XXXV, da CF.

6. É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a legitimatio ad causam da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais.

7. Recurso especial não provido." (STJ, REsp 1106515/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011)

Essa alteração da LACP tem provocado bastante controvérsia, especialmente por parte de membros do Ministério Público, essencialmente legitimado a propor a ação civil pública. O principal argumento desses críticos é justamente que a Defensoria Pública teria se afastado de sua função constitucional, razão pela qual a Lei nº 11.448/2007 seria inconstitucional.

Pensamos estarem corretas apenas as críticas à inclusão irrestrita da Defensoria Pública dentre os entes legitimados a propor a ação coletiva nos moldes do artigo 5º da LACP, sem cogitar a presença ou não de necessitados dentre aqueles potencialmente beneficiados pela ação coletiva. Não nos parece razoável supor que a Lei nº 11.448/2007 pretendia que a Defensoria Pública pudesse patrocinar ações coletivas sem que um único necessitado fosse beneficiado, em face da sua função constitucional.

De qualquer maneira, a Defensoria Pública tem legitimidade em ações coletivas nas quais represente interesses de colegitimados economicamente necessitados, inclusive associações, como é o caso de julgado do STJ que transcrevemos.

Da mesma forma, entendemos ser plausível que esse órgão patrocine ações coletivas em prol de uma massa de consumidores mesmo se alguns deles não forem necessitados, desde que haja ao menos a possibilidade de outros o serem. Assim, não podemos negar à Defensoria Pública a propositura de ações coletivas tutelando direitos difusos, pois os consumidores beneficiados nem sequer podem ser determinados, e, portanto, jamais saberemos se há ou não necessitados dentre os favorecidos pela medida.

Mesmo em ações a respeito de direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, se houver dúvida sobre a existência de necessitados entre os consumidores beneficiados, apoiamos a legitimidade ativa da Defensoria Pública. Diante dos princípios da efetividade e do acesso à justiça, realmente não faria sentido extinguir ações coletivas apenas por conta de uma dúvida, inclusive porque provavelmente o fato de haver consumidores não necessitados dentre aqueles protegidos não causará maior complexidade ou lentidão no trâmite processual.

Todavia, parece-nos claro que a Defensoria Pública não tem legitimidade para propor ações em que os únicos beneficiados não sejam necessitados, como uma ação coletiva contra determinada montadora de automóveis de luxo, com base no fato de alguns dos itens dos veículos adquiridos não estarem em conformidade com a publicidade veiculada. Naturalmente, não vislumbramos óbices a que associações e até o Ministério Público sejam autores de uma lide como essa, mas não a Defensoria Pública, pois aí sim haveria abuso de suas funções constitucionais.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> A propósito, em artigo intitulado “A inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007”, publicado pela Associação Nacional de Membros do Ministério Público, os promotores do Rio Grande do Sul Karin Sohne Genz e Julio Cesar Finger utilizam outro julgamento do STF para apontar a necessidade de a Defensoria Pública vincular-se a sua função de auxílio aos necessitados. Nele, indica-se a inconstitucionalidade do dispositivo legal acerca da possibilidade de a Defensoria Pública, com atribuição do encargo do Estado (previsto no artigo 45 da Constituição Estadual Gaúcha), defender os servidores públicos estaduais processados civil e criminalmente em razão de regular exercício do cargo. Para tanto, utilizam excertos do voto condutor do Ministro Joaquim Barbosa:

“Sr. Presidente, o art. 134 da Constituição Federal é claro ao restringir a finalidade institucional da Defensoria Pública à orientação jurídica e defesa dos necessitados, clareza essa reforçada pela remissão desse dispositivo ao art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o qual impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. (...) A meu ver, porém, não basta a afirmação de que o Constituinte estadual se desviou das referências da Carta Magna. É necessário também ressaltar que, ao alargar as atribuições da Defensoria estadual, ele – o Constituinte estadual – extrapolou o modelo institucional preconizado pelo Constituinte de 1988. É de se indagar em que extensão essa extrapolação viola o modelo federal. Pode-se argumentar que em nada a assistência jurídica gratuita tenha sido prejudicada pelo acréscimo de atribuições contido na legislação gaúcha. Mas entendo, Sr. Presidente, que a atribuição de quaisquer outras

### 3 A RELAÇÃO DE CONSUMO

A aplicação, ou não, das regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor depende do enquadramento das partes envolvidas, no caso concreto, aos conceitos de consumidor e fornecedor estipulados pelo CDC.

Neste capítulo, abordaremos esses conceitos, demonstraremos a relevância da relação de consumo para o mercado e defenderemos a completa indisponibilidade do direito do consumidor.

#### 3.1 Conceitos de consumidor

Conforme o artigo 2º da Lei nº 8.078/90, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Em seu parágrafo único, acrescenta que “equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Adicionalmente, o artigo 17 do CDC equipara aos consumidores todas as vítimas do evento, com relação ao disposto na Seção II (“Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, que trata basicamente dos deveres de reparação dos danos causados em virtude de defeitos nos produtos ou serviços fornecidos) do Capítulo IV (“Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”) do Título I (“Dos direitos do consumidor”) do CDC. Ou seja, podem se utilizar das regras constantes do CDC pessoas que não optaram por adquirir produtos ou serviços de determinado fornecedor, mas passaram a ter uma relação com este em virtude de circunstâncias fáticas extracontratuais.

Igualmente, o artigo 29 do CDC dispõe que, para os fins dos Capítulos V (“Das Práticas Comerciais”) e VI (“Da proteção contratual”) do mesmo Título I (“Dos direitos do consumidor”) do CDC, são equiparadas aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas. Em virtude da referência à desnecessidade de as pessoas beneficiadas pelas regras do CDC serem determinadas ou determináveis, esse dispositivo assume especial relevância para os fins das ações coletivas, pois sabemos que os titulares de direitos difusos protegidos coletivamente são

---

atribuições à Defensoria tende a desvirtuar sua missão institucional vinculada à concretização de um direito fundamental específico, cujo fim último é a democratização do acesso à justiça. A defesa de servidores pela Defensoria gaúcha leva à desnaturação da missão institucional do órgão tal como a quis a Constituição de 1988.”(GENZ, Karin Sohne; FINGER, Julio Cesar. **A inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007**. Disponível em: < <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=73>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

indetermináveis, e mesmo os consumidores detentores de direitos coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, embora teoricamente o sejam determináveis, na prática podem não sê-lo, pelo menos ao início dos processos coletivos.

Do constante do *caput* do artigo 2º (ou seja, sobre aquele que efetivamente consumiu, e não apenas pode ser agraciado por equiparação pela aplicação do CDC por ter intervindo na relação jurídica, ser vítima de determinado fato do produto ou do serviço, ou ter sido prejudicado pelas práticas ilícitas do fornecedor), depreende-se que o CDC não fez distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, mas sim, coloca como critério para definir “consumidor” o fato de se tratar do destinatário final do produto ou serviço.

Mas o que caracterizaria o destinatário final? Há duas correntes principais sobre o tema, dividindo-se entre os entendimentos daqueles adeptos das teorias maximalista e finalista. Conforme explica Cláudia Lima Marques<sup>123</sup>,

os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado...A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado.

Após afirmar que, para os adeptos da corrente maximalista, não importa se a pessoa física ou jurídica que adquire o produto o faz com vista ao lucro, bastando ser o destinatário fático daquele, a doutrinadora cita ainda alguns exemplos para o melhor entendimento dessa corrente. Dentre eles, a fábrica de toalha que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que adquire carros para o transporte de visitantes e o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório.

Por outro lado, a teoria finalista leva em conta não somente o destinatário fático, mas também o destinatário econômico do produto ou serviço, restringindo a aplicação do conceito do artigo 2º do CDC.

Segundo a corrente finalista, para a qualificação do consumidor como tal, ele precisa retirar o produto fisicamente da cadeia de produção, adquirindo-o para uso próprio ou pessoal. Não pode fazê-lo para a revenda ou para fins profissionais, pois nesse caso o bem

---

<sup>123</sup> MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2010, p. 106.



seria novamente um instrumento de produção para fornecimento, aí sim, provavelmente a um consumidor final<sup>124</sup>.

Corroborando este entendimento, José Geraldo Brito Filomeno diz que o conceito de consumidor definido pelo legislador possui um caráter econômico, levando-se em consideração somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.<sup>125</sup> Sobre isso, Arnaldo Wald observou que

o consumidor protegido pela lei é, pois, a pessoa que, para as suas necessidades pessoais, não profissionais, contrata o fornecimento de bens e/ou serviços não os repassando a terceiros nem os utilizando como instrumento de produção<sup>126</sup>.

Nesse contexto, Brito Filomeno lembra

a inclusão das pessoas jurídicas igualmente como “consumidores” de produtos e serviços, embora com a ressalva de que assim são entendidas aquelas como destinatárias finais dos produtos e serviços que adquirem, e não como insumos necessários ao desempenho de sua atividade lucrativa<sup>127</sup>.

Partindo desse raciocínio da corrente finalista, seria consumidora uma empresa que adquire tecidos para a confecção de uma cortina a ser utilizada no próprio ambiente de trabalho com a finalidade de protegê-lo da luz solar. Por outro lado, se a sociedade adquire o tecido para utilizar em sofás que ela produz (por ser uma empresa moveleira), então a relação de compra do tecido com a indústria têxtil não caracterizaria uma relação de consumo.

Daí porque dizemos que consumir é o contrário de investir e produzir. O consumidor faz para si, não para o mercado, e o que adquire é para seu consumo, não é bem de capital<sup>128</sup>. Fábio Konder Comparato também há tempos esclareceu que são consumidores

---

<sup>124</sup> Segundo Roberto Senise Lisboa, “somente será consumidor quem adquirir ou se utilizar de um produto ou serviço como destinatário final, ou seja, como sujeito que retira o objeto do mercado de consumo, para uso próprio ou familiar, encerrando, desse modo, a cadeia econômica de consumo” (LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2000, p.300).

<sup>125</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.28.

<sup>126</sup> WALD, Arnaldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista de Informação Legislativa** n. 111, v.28, jul./set. 1991, p. 307.

<sup>127</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p.33.

<sup>128</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e da defesa do consumidor**. São Paulo, RT, 1992, p. 80.

aqueles “(...) que não dispõem de controle sobre bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes. (...) o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”<sup>129</sup>.

Conforme percebemos, diversos são os doutrinadores que adotam a teoria finalista, restringindo a extensão do conceito de consumidor, de modo a salvaguardar a excepcionalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sob a lógica dessa teoria finalista, o aplicador do direito que aceite tal corrente deverá analisar cada caso concreto que lhe é submetido para averiguar se a pessoa pode ou não ser considerada destinatária final fática e econômica do bem ou serviço.<sup>130</sup>

Ainda que se adote a corrente finalista, é possível existir controvérsia acerca da aplicação do CDC se considerada a especificidade do caso concreto, por não se poder afastar divergência sobre a ocorrência ou não de destinação final fática e econômica a um produto ou serviço. Podemos facilmente ilustrar a situação pela análise de dois trechos de doutrina incompatíveis entre si ao fornecerem exemplos de teoria finalista e maximalista.

O primeiro deles é aquele de Claudia Lima Marques citado no início deste capítulo, no qual a doutrinadora, ao versar sobre a teoria maximalista, cita como exemplo dessa corrente o advogado que compra uma máquina de escrever para o seu escritório, tendo em vista que ele utilizaria o produto para incrementar sua atividade lucrativa.

Pois bem. Rizzatto Nunes<sup>131</sup>, embora, assim como Claudia Lima Marques, pareça filiar-se à corrente finalista, indaga:

(...) analisemos um outro exemplo, o de uma pessoa que pretende constituir-se como despachante. Para isso vai a uma loja e compra uma máquina de escrever, que utilizará para o exercício de seu trabalho. É o despachante “destinatário final” da máquina e, portanto, consumidor?

Conclui o doutrinador, após trazer a diferenciação sobre as hipóteses nas quais o produto adquirido se trate de um bem de produção (em que, para a teoria finalista, não se

---

<sup>129</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de direito mercantil**, n.ºs 15/16, ano XIII, 1974, p. 90.

<sup>130</sup> Nesse sentido, Claudia Lima Marques: “Portanto, em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não-profissional, mas que, no contrato em questão, não visa lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica.” (MARQUES, Claudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1995, p. 107).

<sup>131</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.79.

aplicaria o CDC) ou de consumo (cuja aplicação é defendida), que, como o despachante adquiriu a máquina de escrever produzida e entregue ao mercado como um típico bem de consumo, a relação está protegida pelo CDC, pouco importando se ele utilizará o produto comercialmente:

Ora, que diferença existe entre o despachante pessoa jurídica, que utiliza a máquina para preencher guias, e o despachante enquanto pessoa física, que leva a máquina para casa e escreve uma carta de amor?...O Código ajuda em parte, pois o despachante é ‘destinatário final’, mas o bem é de produção. Porém, para encontrarmos uma solução, precisamos utilizar certos princípios do Código e transferi-los para a noção de bens...O Código de Defesa do Consumidor regula situações em que produtos e serviços são oferecidos ao mercado de consumo para que qualquer pessoa os adquira, como destinatária final. Há, por isso, uma clara preocupação com bens típicos de consumo...Aí está o caminho indicativo para a solução. Dependendo do tipo de produto ou serviço, aplica-se ou não o Código, independentemente de o produto ou serviço estar sendo usado ou não para a “produção” de outros.

Sob essa ótica, a relação de consumo estaria mais atrelada ao objeto que ao sujeito e suas atividades ou características próprias.

A análise de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos leva a concluir que, em regra, aquela Corte tende a adotar a corrente finalista, restringindo o âmbito de aplicação do artigo 2º do CDC às pessoas beneficiárias econômicas finais da aquisição de um produto ou um serviço.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. VALIDADE. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO E HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ.

- Os autores da ação de ressarcimento de danos, oriunda do descumprimento de contrato de financiamento para incrementação da atividade econômica de empresa, não são considerados destinatários finais, afastando-se assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos.
- Não há abusividade na cláusula que prevê o foro de eleição em contratos de elevado valor, quando não caracterizada a hipossuficiência.
- Conflito de competência conhecido para declarar a competência do juízo suscitante. (STJ, CC 39666/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2005, DJ 02/03/2006, p. 135)

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR. VALIDADE DO FORO DE ELEIÇÃO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR AFASTADA. AGRAVO PROVIDO PARA ACOLHIMENTO DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ANULAÇÃO CONSEQUENTE DO PROCESSO, EMBORA JÁ PROFERIDA A SENTENÇA.

- 1.- Tratando-se de aquisição de sofisticado equipamento médico-hospitalar para uso em hospital, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, de modo que válida a eleição de foro.
- 2.- Recurso Especial provido, para provimento de Agravo de Instrumento interposto contra rejeição de Exceção de incompetência.
- 3.- Recurso Especial provido. (STJ, REsp 777188/SE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009)

No entanto, esse conceito de consumidor pela teoria finalista não tem sido inflexível. Como o principal fundamento da diferenciação entre aquele que adquire serviço ou produto para uso pessoal e o que o faz como insumo para sua atividade empresarial é a presunção de maior vulnerabilidade do primeiro perante o fornecedor, inclusive pela falta de conhecimento e profissionalidade (e daí a aplicação do CDC e de suas regras benéficas à parte mais fraca da relação contratual, com o propósito de equilibrá-la), tem-se entendido em jurisprudência e doutrina que o CDC pode excepcionalmente ser aplicado a situações nas quais o adquirente não é destinatário fático e econômico do serviço ou produto, mas é vulnerável perante o fornecedor.

Nesse sentido se posicionou o STJ, conforme extraímos dos dois julgados cujas ementas reproduzimos. Notemos que o segundo deles aponta expressamente esse avanço na jurisprudência sobre a conceituação de consumidor e deixa de aplicar o CDC no caso concreto justamente por não se ter demonstrado a vulnerabilidade (ali tratada como hipossuficiência) da parte:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE LOCAÇÃO COM OPÇÃO DE COMPRA DE EQUIPAMENTO. MÁQUINA FOTOCOPIADORA. XÉROX. TRANSMUTAÇÃO PARA CONTRATO DE COMPRA E VENDA A PRAZO. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. MULTA CONTRATUAL REDUZIDA PARA 2%. REDUÇÃO QUE NÃO COMPROMETE A MORA RECONHECIDA EM PROVA PERICIAL. RESOLUÇÃO. REINTEGRAÇÃO DA POSSE DAS MAQUINAS.

1. Negativa de prestação jurisdicional não caracterizada, pois a circunstância de o acórdão recorrido não haver adotado a tese da recorrente não significa dizer que não prestou a jurisdição devida.
2. Ampliação do conceito básico de consumidor (art. 2º) para outras situações contratuais, com fundamento no art. 29 do CDC, quando caracterizada a condição de vulnerabilidade do contratante.
3. Inocorrência de reconhecimento, de ofício, de abusividade das cláusulas contratuais, pois, na apelação, houve a provocação do tribunal de origem, que acolheu a insurgência. Inaplicabilidade da Súmula 381/STJ.
4. Validade dos "contratos de locação com opção de compra" de máquinas fotocopadoras, não se justificando sua transmutação em "compra e venda à prestação". Concreção do princípio da autonomia privada em sua dimensão primária (liberdade contratual).

5. Manutenção da redução da multa contratada de 10% para 2% por terem sido os pactos firmados após a edição da Lei nº 9.298/96.
6. Caracterizada a mora, com o inadimplemento de número expressivo de prestações, procede o pedido de reintegração de posse.
7. Dissídio jurisprudencial reconhecido, em face de precedente específico acerca do tema (REsp. nº. 596.911/RS). RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. (STJ, REsp 861.711/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 17/05/2011)

Trecho do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

Esta Terceira Turma tem ampliado o conceito de consumidor para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que uma das partes da relação contratual, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra (REsp 108.0719/SP, DJ 17.08.2009; REsp n. 716.877/SP, DJ 23.04.2007).

Esse ampliação do conceito básico de consumidor, previsto no art. 2º do CDC, tem seu fundamento no art. 29 do mesmo diploma legal. Assim, para efeito da proteção contratual por ele conferida, o CDC estende a sua incidência para todas as pessoas expostas as práticas comerciais reguladas pelos artigos 30 a 54, equiparando-as aos consumidores propriamente ditos. Na hipótese dos autos, uma pequena empresária individual (SIEN LIN YEN) contratou com uma multinacional o aluguel de máquinas fotocopadoras para de desenvolver a sua atividade comercial.

Portanto, patente a vulnerabilidade de uma das partes, tem plena incidência o Código de Defesa do Consumidor, não havendo, assim, violação ao art. 2º do CDC, por força do disposto no art. 29 do mesmo diploma legal.

DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. ATRASO. CDC. AFASTAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da

recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes.

5. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, REsp 1358231/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 17/06/2013)

Em virtude de julgados como esses, a doutrina detectou certo abrandamento à teoria finalista, conforme expõe Claudia Lima Marques:

A partir de 2003, com a entrada em vigor do CC/2002, parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui passo a denominar de ‘finalismo aprofundado’ – na jurisprudência, em especial do STJ, demonstrando ao mesmo tempo extremo domínio da interpretação finalista e do CDC, mas com razoabilidade e prudência interpretando a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista<sup>132</sup>.

Essa nova interpretação sobre o cabimento do CDC em determinado caso concreto se daria, portanto, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do adquirente de produto ou serviço perante o fornecedor. A vulnerabilidade é princípio intrínseco à relação de consumo, norteadora da política nacional a esse respeito, na forma do artigo 4º do CDC. Assim, sob essa avançada concepção do direito do consumidor, mesmo se o adquirente de produto ou serviço não for o seu destinatário econômico, ele excepcionalmente poderá gozar dos direitos do consumidor se demonstrar ser vulnerável, sem prejuízo do conceito finalista do artigo 2º do CDC, mas como rara exceção a ele.

Claudia Lima Marques<sup>133</sup> aponta inclusive existirem quatro tipos de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico sobre as características e

<sup>132</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 305.

<sup>133</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 320-321.

Esse ensinamento já foi referendado pelo STJ, notando-se um diálogo claro e salutar entre doutrina e jurisprudência:

“CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

utilidade do objeto do contrato), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos, contábeis ou econômicos), fática/socioeconômica (quando o fornecedor impõe a sua superioridade, em virtude de monopólio, do seu poder econômico ou pela essencialidade do bem ou serviço) e informacional (falta de informações suficientes e claras proporcionadas pelo fornecedor a respeito de determinado produto ou serviço, que induza um comportamento do consumidor).

Esse abrandamento da teoria finalista por circunstâncias técnicas, jurídicas, fáticas ou informativas nos parece extremamente justo, pois a *mens legis* do artigo 2º do CDC é justamente selecionar aqueles que estariam sujeitos às normas mais benéficas da lei em um contrato de aquisição de bem ou serviço de fornecedor habitual, para equilibrar posições, tratando-se desigualmente as partes desiguais do contrato, conforme o antigo conceito aristotélico. Se determinado adquirente de produtos ou serviços não estiver em paridade de armas (de qualquer tipo) com o fornecedor, portanto, parece-nos que o propósito do legislador terá sido alcançado com a aplicação do CDC.

Caberá ao magistrado, em cada caso concreto, apurar se deve ser flexibilizado esse conceito. Naturalmente, nas ações coletivas, a situação concreta não será individualizada,

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.

7. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 1195642/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 21/11/2012)

mas enxergada coletivamente, sob a ótica da massa de consumidores que tiver sido prejudicada por uma determinada conduta do fornecedor. Ao fazer isso, o julgador precisará sempre buscar a máxima efetividade do processo coletivo, fazendo valer o direito do consumidor sem receio de desprestígio a ultrapassadas regras processuais, conforme demonstraremos mais detalhadamente nesta pesquisa.

### 3.2 Conceitos de fornecedor

Quanto à classificação de fornecedor, estabelece o artigo 3º do CDC:

Art.3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Conforme certificamos na leitura deste artigo, a conceituação de fornecedor é ampla, com vista a resguardar o maior número de situações possíveis, incluindo todas aquelas em que conceituamos consumidor acima.

Para fins de caracterização de fornecedor, também não há diferenciação entre pessoas de direito público ou privado, físicas ou jurídicas, e sequer entre fornecedores nacionais ou estrangeiros.

Além disso, as mais variadas atividades foram incluídas no conceito de fornecedor. Cláudia Lima Marques esclarece que compete ao fornecedor desenvolver “atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos”. Naturalmente, conclui a doutrinadora, “estas características vão excluir da aplicação das normas do Código [de Defesa do Consumidor] todos os contratos firmados entre dois consumidores, não-profissionais”<sup>134</sup>, que seriam, portanto, relações puramente civis, às quais se aplica o Código Civil.

Além dessas atividades, o artigo 38 do CDC, de certa forma, estendeu o conceito de fornecedor e impôs responsabilidade a quem patrocina determinada publicidade, não ressaltando deva esse profissional concomitantemente ser o efetivo provedor do serviço ou produto anunciado. Assim, considerando que (1) havendo dúvida, as cláusulas contratuais

---

<sup>134</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006, p. 393.



devem ser interpretadas favoravelmente ao consumidor (conforme artigo 47 do CDC, prestigiado pela jurisprudência<sup>135</sup>), e (2) a publicidade integra o contrato (artigo 35 do CDC), o patrocinador da publicidade poderá ser responsabilizado solidariamente ao efetivo prestador do serviço ou fornecedor do produto.

A esse respeito, destacamos que na cadeia produtiva (por exemplo, na qual um determinado produto, antes de chegar às mãos do consumidor, passou por um produtor, um importador, um distribuidor e só então chegou ao comerciante, responsável pela venda ao consumidor), existe responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, podendo o consumidor demandar qualquer um deles, assegurando-se, por certo, o direito de regresso desse contra os demais.

A redação de diversos artigos do CDC demonstra a responsabilidade solidária entre os fornecedores por fatos, defeitos ou vícios dos produtos ou serviços, como, exemplificativamente, os seguintes: (1) artigo 7º, parágrafo único: dispõe que, havendo mais de um autor de determinada ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo; (2) artigo 13: o comerciante é responsável solidário ao fabricante, produtor, construtor ou importador pelo fato do produto ou serviço (artigo 12, CDC), quando esses últimos não puderem ser identificados, quando a informação sobre quem são eles não for clara, ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis; (3) artigo 18: solidariedade de todos os fornecedores, assim considerados aqueles mencionados

---

<sup>135</sup> “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. SEGURO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. INCLUSÃO DE DEPENDENTE. INAPLICABILIDADE DO § 5º DO ART. 35 DA LEI 9.656/98. OPORTUNIDADE DE ADAPTAÇÃO AO NOVO SISTEMA. NÃO CONCESSÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE QUALQUER PESSOA COMO DEPENDENTE. EXCLUSÃO DE COBERTURA DE LESÕES DECORRENTES DE MÁ-FORMAÇÃO CONGÊNITA. EXCEÇÃO. FILHO DE SEGURADA NASCIDO NA VIGÊNCIA DO SEGURO. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR ADERENTE. ABUSIVIDADE DA NEGATIVA DE COBERTURA DE SITUAÇÃO DE URGÊNCIA.

1. A análise de suposta violação de dispositivo constitucional é vedada nesta instância especial, sob pena de usurpação da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal.
2. Inaplicabilidade da regra do § 5º do art. 35 da Lei n. 9.656/98 quando ao consumidor não foi dada a oportunidade de optar pela adaptação de seu contrato de seguro de saúde ao novo sistema.
3. Afastada a restrição legal à inclusão de dependentes, permanece em plena vigência a cláusula contratual que prevê a possibilidade de inclusão de qualquer pessoa como dependente em seguro de saúde.
4. Obrigação contratual da seguradora de oferecer cobertura às lesões decorrentes de má-formação congênita aos filhos das seguradas nascidos na vigência do contrato.
5. Cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, mormente quando se trata de contrato de adesão. Inteligência do art. 47 do CDC.
6. Cobertura que não poderia, de qualquer forma, ser negada pela seguradora, por se tratar de situação de urgência, essencial à manutenção da vida do segurado, sob pena de se configurar abusividade contratual.
7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ, REsp 1133338/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)

no artigo 3º da mesma Lei, pelos vícios do produto ou serviço; (4) artigo 25: corrobora a solidariedade entre os fornecedores.

Diante disso, o órgão colegitimado, ao propor ações coletivas em face dos fornecedores para a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos dos consumidores, pode eleger quais serão inseridos no polo passivo da demanda, formando um litisconsórcio passivo facultativo originário entre eles.

### **3.3 Indisponibilidade do direito do consumidor e da respectiva ação coletiva: relevância da relação de consumo**

Já abordamos que a Constituição da República incluiu dentre os direitos individuais e coletivos fundamentais listados no artigo 5º, o inciso XXXII, segundo o qual “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Ao fazer isso, o constituinte garantiu que a defesa do consumidor não pode comportar qualquer mitigação, seja fundada em razões econômicas, de eficiência técnica ou outras, estando coligada à cláusula geral de tutela da personalidade, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, e vinculada à principiologia constitucional de estabelecer a igualdade material entre todas as pessoas<sup>136</sup>.

Por sua vez, o artigo 170 da Constituição da República aponta a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor.

Em virtude da relevância do direito, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou ao Congresso Nacional a elaboração de código de defesa do consumidor em 120 dias contados da promulgação da Carta. Elaborado o CDC, prescreve seu artigo 1º:

O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

---

<sup>136</sup> MARTINS, Guilherme Magalhães. A defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. In: **Temas de Direito do Consumidor**. Guilherme Magalhães Martins (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1-2 e 13.

Com essa redação, a nosso ver, o legislador esclarece serem indisponíveis os direitos do consumidor, individuais ou coletivos, e, nesse último caso, difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

Formou-se, então, uma política nacional de relações de consumo, nos termos do artigo 4º do CDC, que tem por objetivo o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, observados os “princípios” listados naquele dispositivo<sup>137</sup>.

Para colocar em prática essa política, o Decreto nº 7.738, de 28 de maio de 2012, criou a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) e estabeleceu suas competências<sup>138</sup>. Segundo as informações disponíveis no site da Senacon, esta

---

<sup>137</sup> “I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor: a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores; VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos; VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

<sup>138</sup> “Art. 6º O Anexo I ao Decreto no 6.061, de 2007, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

‘Art. 17. À Secretaria Nacional do Consumidor cabe exercer as competências estabelecidas na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, e especificamente:

- I - formular, promover, supervisionar e coordenar a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor;
- II - integrar, articular e coordenar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC;
- III - articular-se com órgãos da administração federal com atribuições relacionadas à proteção e defesa do consumidor;
- IV - orientar e coordenar ações para proteção e defesa dos consumidores;
- V - prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor;
- VI - promover, desenvolver, coordenar e supervisionar ações de divulgação dos direitos do consumidor, para o efetivo exercício da cidadania;
- VII - promover ações para assegurar os direitos e interesses dos consumidores;
- VIII - adotar ações para manutenção e expansão do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC, e garantir o acesso a suas informações;
- IX - receber e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores e entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;
- X - firmar convênios com órgãos, entidades públicas e instituições privadas para executar planos, programas e fiscalizar o cumprimento de normas e medidas federais;
- XI - incentivar, inclusive com recursos financeiros e programas especiais, a criação de órgãos públicos estaduais, distrital, e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse objetivo;
- XII - celebrar compromissos de ajustamento de conduta;

concentra-se no planejamento, elaboração, coordenação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo, com os seguintes objetivos: (i) garantir a proteção e exercício dos direitos dos consumidores; (ii) promover a harmonização nas relações de consumo; e (iii) incentivar a integração e a atuação conjunta dos membros do SNDC<sup>139</sup>.

Vemos, pois, um crescente interesse público na proteção dos direitos do consumidor. Não é por menos. Sabemos que neste século XXI, em função da estabilização das políticas econômicas e da evolução das políticas sociais, milhões de pessoas entraram no mercado consumidor brasileiro, movimento ocorrido em função da emergência da classe média no país, comumente tratada por “nova classe C”, com suas pretensões de aquisição de produtos e serviços aos quais até pouco tempo não tinham acesso<sup>140</sup>.

Segundo dados<sup>141</sup> da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (Fecomércio/SP) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

XIII - elaborar e divulgar o elenco complementar de cláusulas contratuais e práticas abusivas nos termos do Código de Defesa do Consumidor;

XIV - dirigir, orientar e avaliar ações para capacitação em defesa do consumidor destinadas aos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

XV - determinar ações de monitoramento de mercado de consumo, para subsidiar políticas públicas de proteção e defesa do consumidor;

XVI - solicitar colaboração de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica, para a consecução de seus objetivos;

XVII - acompanhar os processos regulatórios, objetivando a efetiva proteção dos direitos dos consumidores; e

XVIII - participar de organismos, fóruns, comissões e comitês nacionais e internacionais que tratem da proteção e defesa do consumidor ou de assuntos de interesse dos consumidores.”

<sup>139</sup>

Disponível

em

<<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BF84E8F0E%2DEACC%2D42C5%2DAE68%2D3CE0E1A483BC%7D&params=itemID=%7B768DE2EF%2DF446%2D4A9D%2D94E4%2DEA76D5084F9E%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

<sup>140</sup> A esse respeito, veja-se notícia de imprensa sobre o crescimento da Classe C, de 65,9 milhões de pessoas em 2003 para 105,4 milhões em 2011 e expectativa de 118 milhões em 2014, e a relevância desse dado para a sustentação da economia no país. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/infomoney/2012/04/12/aumento-da-classe-c-sustenta-o-crescimento-do-consumo-no-brasil.jhtm>>.

Acesso em: 10 mar. 2013.

<sup>141</sup> Disponíveis

em:

<[http://www.fecomercio.com.br/arquivos/arquivo/estudo\\_da\\_classe\\_media\\_fevereiro\\_2012\\_ljiaiah9aa.pdf](http://www.fecomercio.com.br/arquivos/arquivo/estudo_da_classe_media_fevereiro_2012_ljiaiah9aa.pdf)>.

Acesso em 10 mar. 2013: “O potencial de consumo das famílias da classe média é tão significativo que chega a ser superior ao registrado pelas demais classes, abrindo um leque de oportunidades de negócios para as empresas brasileiras.

O comércio varejista foi um dos setores mais privilegiados com a mudança dos padrões sociais da população brasileira. De 2004 a 2010, a taxa média de crescimento do comércio varejista no Brasil foi de 9% ao ano, proporcionando um aumento real das vendas no período de 82%. Ou seja, em sete anos o comércio varejista quase dobrou de tamanho.

O crescimento nas vendas do setor de comércio demonstra que, com a evolução da classe média, as pessoas passaram a encontrar no crédito e no aumento da renda uma grande oportunidade para ingressar de forma cada vez mais agressiva no mercado consumidor. Isso vem fazendo com que a economia mantenha-se aquecida, refletindo positivamente no aumento do PIB. Enquanto o PIB mundial cresceu entre os anos 2000 e 2010 algo em torno de 28%, o Brasil ampliou as suas riquezas, no mesmo período, em 42%.

(IBGE), aquecido especialmente pelo crescimento da classe C, o comércio varejista no Brasil cresceu 82% entre 2004 e 2010 e, em dez anos, o consumo das famílias cresceu 45%, fazendo que, do produto interno bruto (PIB) do país, 64% correspondam ao consumo das famílias. Os institutos creditam isso também ao acesso a bens e serviços pelos novatos do mercado de consumo.

Naturalmente, o incremento do mercado requer especial atenção ao direito do consumidor e sugere uma tendência de aumento do número de conflitos decorrentes da relação de consumo, que justifica cada vez maior atuação dos órgãos colegitimados previstos nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC, seja para averiguar potenciais ilícitos praticados por fornecedores de produtos ou serviços e buscar a assinatura de um termo de compromisso de ajustamento de conduta (TAC)<sup>142</sup> (na forma do artigo 5º, §6º da LACP), seja para propor

E o resultado dessa forte expansão do PIB brasileiro reflete o aumento do consumo ocorrido, principalmente, pela ascensão da classe média, fazendo com que, do total do PIB, 64% corresponda propriamente ao consumo das famílias. Em 10 anos, o consumo das famílias no Brasil cresceu 45%.

Produtos antes desejados, mas distantes da realidade, passam agora a integrar o dia a dia dessas pessoas. Bens duráveis, tais como eletroeletrônicos, eletrodomésticos e veículos, são alguns dos produtos que foram adquiridos por estes novos consumidores, principalmente via crédito. Da mesma forma, alguns gastos com serviços também passaram a existir, tais como acesso a internet, TV por assinatura, telefone celular, saúde e cuidados pessoais e educação.

Com um patamar de renda mais elevado, a classe média brasileira também passou a viajar mais e o grande diferencial está no fato de que agora as viagens ocorrem de avião ou, ainda, por meio da realização de cruzeiros marítimos. Tais consumidores também passaram a adquirir pacotes de viagens nacionais e internacionais e isso decorre do barateamento do custo das viagens e das oportunidades de parcelamento.”

<sup>142</sup> Entendemos, inclusive em função de reiterada prática de advocacia, não haver qualquer restrição a TAC em matéria de consumo. O §3º do artigo 82 do CDC (“§ 3º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”) foi vetado porque “É juridicamente imprópria a equiparação de compromisso administrativo a título executivo extrajudicial (C.P.C., art. 585, II). É que, no caso, o objetivo do compromisso é a cessação ou a prática de determinada conduta, e não a entrega de coisa certa ou pagamento de quantia fixada.”

Contudo, foi inócuo o veto porque foi mantido o artigo 113 do CDC (que incluiu texto idêntico no §6º do artigo 5º da LACP, aplicável às lides de consumo em função do microsistema de ações coletivas já apontado nesta dissertação), apesar de as razões de veto do primeiro dispositivo e também do parágrafo único do artigo 92 (Art. 92 – (...) Parágrafo único - Aplica-se à ação prevista no artigo anterior o art. 5º, §§ 2º a 6º, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 - razões de veto: “Esse dispositivo considera a nova redação que o art. 113 do projeto dá ao art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, acrescentando-lhe novos §§ 5º e 6º, que seriam decorrência dos dispositivos constantes dos §§ 2º e 3º do art. 82. Esses dispositivos foram vetados, pelas razões expendidas. Assim também, vetam-se, no aludido art.113, as redações dos §§ 5º e 6º”) deixarem claro que também se pretendia vetar o segundo.

Na época, não havia disposição expressa permitindo execução de obrigação de fazer fundada em título executivo extrajudicial, mas apenas judicial, daí o motivo processual para a restrição. Mas tanto não havia problema em se reconhecer documento administrativo como título (tal como ocorre com a CDA para execuções fiscais) como a Lei nº 8.953/94 veio permitir expressamente a execução de título extrajudicial para a obrigação de fazer.

A jurisprudência majoritária também se posicionou pela possibilidade de assinatura da TACs relacionados a direito do consumidor, independentemente dos vetos em questão: “Processo Civil. Ação Civil Pública. Compromisso de acerto de conduta. Vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC.1. A referência ao veto ao artigo 113, quando vetados os artigos 82, § 3º, e 92, parágrafo único, do CDC, não teve o condão de afetar a vigência do § 6º, do artigo 5º, da Lei 7.374/85, com a redação dada pelo artigo 113, do CDC, pois inviável a existência de veto implícito.

ações coletivas, em qualquer caso visando defender direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, os quais jamais podem ser relegados.

Portanto, o alcance deste trabalho não se limita ao campo jurídico, sendo a efetiva proteção do direito do consumidor uma questão primordial também ao desenvolvimento da economia nacional, justificando-se, igualmente por esse motivo, a relevância do tema ao qual nos propusemos investigar nesta pesquisa.

Se até mesmo o direito individual do consumidor foi considerado fundamental pela Constituição da República e tratado pelo CDC como questão de ordem pública, mais evidente é a necessidade de se protegerem os direitos coletivos do consumidor e de se resguardarem as ações coletivas como os meios de instrumentalizar esses direitos, quando não respeitados. Para tanto, reafirmarmos ser primordial que todo o sistema de ações coletivas referentes a direitos do consumidor seja analisado sob a ótica da efetividade processual.

Seria impensável que um órgão colegitimado para a propositura de ação coletiva pudesse dispor de direito constitucional fundamental, reafirmado pelo CDC como questão de ordem pública, inclusive por suas enormes repercussões sociais e econômicas nos dias atuais. Exemplificativamente, supor que uma associação constituída há apenas doze meses e que, quiçá, nem sequer represente adequadamente os direitos do consumidor protegidos<sup>143</sup>, possa abrir mão de direitos que não lhe pertencem, equivaleria a inverter a ordem jurídica e a racionalidade do instituto dos direitos e das ações coletivas, além de prestar enorme desserviço ao princípio da efetividade processual.

Por sua vez, um Termo de Ajustamento de Conduta não pode dispensar o fornecedor de produtos ou serviços de observar os direitos coletivos do consumidor, mas apenas regular diferentes formas de fazê-lo a fim de viabilizar o atendimento efetivo e rápido dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos. Com efeito, o artigo 113 do CDC incluiu o §6º no artigo 5º da LACP, segundo o qual “Os órgãos públicos

---

2. Recurso provido.” (STJ, REsp 222582/MG, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 166)

Ademais, o artigo 53 da Lei nº 8.884/94 também prevê o termo de compromisso de cessação de prática contra a ordem econômica, o qual, por correlação da matéria, pode ter por objeto a defesa de direitos coletivos dos consumidores (conforme BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010).

Por fim, o Decreto Federal nº 2.181/97 também é expresso sobre a possibilidade de TAC no direito do consumidor, celebrado por órgãos administrativos de defesa do consumidor, conforme seu artigo 6º: “As entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor poderão celebrar compromissos de ajustamento de conduta às exigências legais, nos termos do § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, na órbita de suas respectivas competências.”

<sup>143</sup> Vide capítulo mais abaixo sobre a atividade do magistrado na fase postulatória da ação coletiva e o controle da representatividade adequada.

legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

Portanto, pode ser conferida ao fornecedor a oportunidade de ajustar a sua atividade à lei, negociando a forma como isso ocorrerá, mas jamais poderá o fornecedor obter a dispensa de alguma obrigação perante os consumidores. É essa a concepção histórica do TAC e assim foi, conforme mencionado por Hugo Nigro Mazzilli<sup>144</sup>, no primeiro TAC em ação civil pública de que se tem notícia no Brasil, de 1984, sobre a “passarinhada do Embu”, cujo prefeito serviu um churrasco de 5 mil passarinhos a correligionários. Condenado, o prefeito assinou um TAC na fase de execução para ajustar o pagamento da condenação em diversas parcelas.

Nesse contexto, não há em TAC verdadeira transação, porque o artigo 841 do Código Civil dispõe que somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado ela é permitida. Essa regra também está espelhada nos artigos 351 e 447 do CPC, que, respectivamente, impedem confissão e conciliação quanto aos direitos indisponíveis. Sérgio Seiji Shimura, ao apontar esses dispositivos legais, ensina:

Como corolário da idéia de que o autor da ação [coletiva] não tem a disposição do direito material controvertido – porque legitimado apenas para agir na condução do processo ou na defesa de direito de terceiros – tem-se, em linha de princípio, que não seria possível a transação nesses casos. É que, por definição, a transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, previnem ou terminam um litígio, eliminando a incerteza de uma relação jurídica<sup>145</sup>.

Admitimos, porém, que algumas situações concretas podem levar a discussões mais acirradas sobre a abrangência do TAC. Patricia Miranda Pizzol<sup>146</sup>, embora reconheça a indisponibilidade dos direitos coletivos, sugere que deve ser sopesada com outros direitos fundamentais constitucionais e avaliada à luz da realidade fática. Para tanto, dá o exemplo de uma empresa que procura o órgão do Ministério Público para firmar um TAC, demonstrando estar em situação financeira delicada, com vários títulos protestados e ameaçada de falência. Diante disso, propõe que determinado valor devido seja reduzido em 20%.

---

<sup>144</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 420.

<sup>145</sup> O doutrinador, porém, mostra-se amplamente favorável à assinatura de TAC por aquele que causa ou ameaça o dano à coletividade, apontando que, muitas vezes, essa forma de resolução do conflito é mais fácil, econômica e eficaz. (SHIMURA, Sérgio Seiji. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006, p. 132-133). Nesse ponto, estamos plenamente de acordo.

<sup>146</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998, p.153.

Segundo ela, sendo notória a falta de recursos da empresa e sabendo-se do enorme risco de nada ser recebido, ou de pouco ser recuperado após anos de litígio apenas, seria justificável o desconto, implementando-se o TAC mediante concessões mútuas, mas, ressalva, desde que não haja renúncia ao direito.

Contudo, entendemos que qualquer concessão no TAC quanto à extensão das obrigações já equivaleria a inadmissível renúncia a direitos coletivos do consumidor, rejeitada pela doutrinadora, de forma que ousamos discordar do entendimento sobre a possibilidade de descontos ou outras concessões sobre a obrigação principal do fornecedor. Pensamos ser muito sutil a linha entre o que seria razoável ou não conceder ao fornecedor para evitar cenário mais desfavorável aos consumidores, abrindo assim um perigoso precedente para a eventual diminuição dos direitos dos consumidores.

Por outro lado, uma vez proposta a ação coletiva, poderia o autor transigir, renunciar ao direito em que se funda a ação, desistir da ação ou simplesmente manter-se inerte ou abandoná-la? Nos dois primeiros casos, seria proferida a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 269, III e V do CPC, respectivamente. Nos demais, haveria extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VIII, II e III do CPC, respectivamente.

Ainda discutimos se o autor da ação coletiva poderia renunciar ao direito de interpor recurso contra eventual sentença desfavorável (artigo 502 do CPC), desistir do recurso interposto (artigo 501 do CPC), ou aceitar a sentença expressa ou tacitamente (artigo 503 do CPC), fazendo-a transitar em julgado.

Quanto à transação, aplica-se o mesmo raciocínio relacionado ao TAC, pela restrição à disposição de direitos, devendo o órgão colegitimado limitar-se a estabelecer a forma como a obrigação perante os consumidores será cumprida.

A respeito da indisponibilidade dos direitos tutelados pelos legitimados para a ação coletiva, e de consequente impossibilidade de verdadeira transação em juízo, Hugo Nigro Mazzilli<sup>147</sup> explica:

Da mesma forma que não cabem transações extrajudiciais verdadeiras e próprias por parte do legitimado de ofício, em nome dos titulares de interesses transindividuais, também não cabem verdadeiras transações em juízo, pois que os legitimados para a ação civil pública ou coletiva não têm disponibilidade do conteúdo material da lide...O compromisso de ajustamento é garantia mínima, não limite máximo de responsabilidade. Seu

---

<sup>147</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 375-385.



objetivo o distingue de uma vera e própria transação do direito civil: enquanto esta versa interesses disponíveis de partes maiores e capazes, o compromisso de ajustamento versa adequação de conduta do compromitente, em matéria que diga respeito a interesses de lesados transindividualmente considerados, sem quaisquer concessões do compromissário quanto ao direito material em jogo, de que não é titular.

Ou seja, se um órgão colegitimado firmar TAC com o fornecedor que fere ou ameaça o direito do consumidor e fizer concessões sobre a extensão dos direitos protegidos, e não apenas sobre a sua forma de cumprimento, um outro órgão poderá buscar judicial ou extrajudicialmente a prestação não incluída no TAC.

Segundo o entendimento do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (CSMPSP), quem deve avaliar se houve ou não disposição de interesses sociais em ação coletiva em curso não é o Conselho Superior, mas o juízo perante o qual se desenvolve o processo. Assim, a súmula 25 do CSMPSP: “Não há intervenção do CSMP quando a transação for promovida por promotor de Justiça no curso de ação civil pública ou coletiva”.

No que diz respeito à renúncia ao direito em que se funda a ação coletiva e aos atos relacionados a recursos (renúncia ou desistência do recurso, ou ainda aceitação da decisão), a postura do ente colegitimado consolidaria uma sentença desfavorável para a coletividade de consumidores, ou seja, implicaria disposição do direito material, ainda que o ato ou a omissão tenha sido processual. Dessa forma, não pode ser admitido. Conforme ensina Teori Albino Zavascki<sup>148</sup>:

A substituição processual tem eficácia apenas no plano do processo. Quem defende em juízo, em nome próprio, direito de outrem não substitui o titular na relação de direito material, mas sim, e apenas, na relação processual. Como consequência, ao substituto é vedado praticar qualquer ato que, direta ou indiretamente importe em disposição do direito material tutelado. São dessa natureza a transação e o reconhecimento do pedido, atos que, consequentemente, não estão abrangidos pelas faculdades próprias da substituição processual. Sendo indisponível, para o substituto processual, o direito material objeto da demanda, fica igualmente fora de seus poderes a

---

<sup>148</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011, p.64. O doutrinador expõe seu raciocínio ao defender existir legitimidade extraordinária dos órgãos colegitimados para a ação civil pública para a tutela de quaisquer direitos coletivos, inclusive difusos e coletivos stricto sensu. Discordamos dessa posição por entendermos que a legitimidade ativa nos casos desses dois tipos de direitos coletivos deva ser classificada como autônoma, e não extraordinária, conforme já expusemos no capítulo sobre legitimidade ativa para a ação coletiva, mais acima; contudo, essa divergência não prejudica o aproveitamento da lição sobre a indisponibilidade do direito transcrita pela passagem objeto desta nota.

prática de atos que, mesmo tendo natureza processual, podem, ainda que indiretamente, comprometer a higidez daquele direito.

A possibilidade de desistência da ação é matéria menos problemática, por não implicar reconhecimento de mérito sobre direitos do réu da ação, não fazendo coisa julgada material. O próprio §3º do artigo 5º da LACP parece admitir *a contrario sensu* a desistência fundada da ação, ao estabelecer que: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

De fato, não faria sentido, especialmente com relação a entes públicos, obrigar a subsistência de ação com pedidos improcedentes ou com algum vício insanável. Se tudo leva a crer pelo descabimento da ação, prolongá-la apenas oneraria os cofres públicos e potencialmente prejudicaria outras ações coletivas. Ainda assim, o juiz deve ser muito criterioso ao extinguir o processo por desistência da ação, assegurando que isso somente ocorra quando esta realmente não seja capaz de gerar nenhum benefício ao consumidor.

No caso de o autor da ação coletiva da qual se pretende desistir não ser o Ministério Público, este, na função de *custos legis* (artigo 5º, §1º da LACP), deverá ser intimado a respeito. Embora o artigo 5º, §3º da LACP somente mencione a possibilidade de o Ministério Público assumir a causa quando a desistência for infundada, entendemos que o magistrado deve ter a cautela de intimar o *Parquet* para avaliar seu interesse em prosseguir ainda que a desistência da ação pareça ao juiz ser fundada. Com isso, o juiz poderá ouvir as razões do Ministério Público – que ele talvez desconheça, e por isso concordar ser infundada a ação –, e decidir com base em mais informações.

Caso o Ministério Público, intimado, oponha-se à desistência, poderá assumir o polo ativo do processo e desenvolver a ação coletiva. Se o órgão do Ministério Público for o autor da ação da qual se pretende desistir, ou se concordar com a intenção de desistência manifestada por outro ente colegitimado, defendemos que, por cautela, deva ser intimado o Conselho Superior do Ministério Público, tal como ocorre quanto a pedidos de arquivamento de inquéritos civis (artigo 9º, §§1º a 4º da LACP).

Se o Conselho Superior do Ministério Público discordar da desistência, nomeará novo órgão do Ministério Público para assumir a função. Se concordar, deverá informar ao magistrado e esse porá fim ao processo, sem resolução do mérito, exceto se verificar que a desistência é infundada e, conseqüentemente, poderá ser prejudicial aos consumidores. Nessa última hipótese, como não existe previsão legal expressa vinculando o

ato do juiz a uma decisão do Ministério Público – como existe no processo penal, por exemplo, para o caso de o órgão do Ministério Público requerer o arquivamento do inquérito penal e essa decisão ser encampada pelo procurador-geral, conforme artigo 28 do Código de Processo Penal<sup>149</sup> –, poderá o magistrado intimar outros órgãos colegitimados para se manifestarem sobre o eventual interesse de prosseguimento da demanda.

Da mesma maneira, o magistrado não pode fechar os olhos para a inércia ou o abandono da causa pelo órgão colegitimado, simplesmente extinguindo o processo sem resolução do mérito. Ao contrário, deverá tomar as mesmas providências acima mencionadas para o caso de desistência da ação, inclusive porque o artigo 5º, §3º da LACP expressamente aponta a necessidade de o Ministério Público ou outro ente colegitimado assumir a ação em caso de abandono por associação. De forma semelhante, o artigo 8º do projeto de lei 5139/2009 dispõe que:

Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Se forem tomadas todas essas providências pelo magistrado, ainda que não estejam expressamente previstas em legislação, mas decorram de princípios e leis diversos, certamente o direito coletivo do consumidor correrá menos riscos de ser prejudicado por atos processuais com amplas consequências sobre o direito material.

---

<sup>149</sup> Embora o artigo 28 do Código de Processo Penal contenha essa disposição, a nosso ver, analogicamente inaplicável ao processo civil coletivo, entendemos que o referido dispositivo contribui para demonstrar o cuidado que o magistrado deve ter quando os órgãos legitimados não dão prosseguimento a procedimentos de interesse público, tal como a ação coletiva.

#### 4 A ATUAÇÃO DO JUIZ PELA EFETIVIDADE DAS AÇÕES COLETIVAS RELATIVAS A LIDES DO CONSUMIDOR

Se já nas ações judiciais individuais ou nas ações coletivas que tutelam outros tipos de direito o juiz não é figura inerte após ter sido instado a prestar a jurisdição, a atuação ostensiva do magistrado nas ações coletivas relativas a lides do consumidor é ainda mais imperiosa. O juiz é orientado pelas leis e deve interpretá-las visando à máxima eficiência em prol do consumidor. Não à custa de sacrificar os direitos (inclusive processuais) do fornecedor ou do terceiro que lesa os direitos do consumidor, mas atento a que as normas sejam aplicadas em prol do que o Estado brasileiro definiu como uma de suas prioridades.

A Constituição da República incluiu a defesa do consumidor dentre os direitos individuais e coletivos fundamentais listados no artigo 5º e, no artigo 170, apontou-a como um dos princípios gerais da atividade econômica, tanto que no artigo 4º do CDC menciona a política nacional das relações de consumo.

O juiz certamente não está alheio a isso, ao contrário: é um dos principais agentes a garantir o atendimento ao justo direito do consumidor. O magistrado não deve prestigiar o consumidor a ponto de desequilibrar a relação de consumo contra o fornecedor, pois o legislador quis justamente equiparar essas duas partes da relação de consumo, mas não pode fechar os olhos e deixar de assegurar que o direito do consumidor seja tutelado da forma mais ampla e efetiva possível.

Em interessante julgado relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão<sup>150</sup>, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça utilizou dois pertinentes ensinamentos doutrinários a respeito da participação do juiz no processo de interpretação das normas e da necessidade de subsunção ao caso concreto levando em conta a realidade do momento, relacionando-os ao litígio de direito do consumidor então sob análise.

Inicialmente, invocando Mauro Cappelletti, o acórdão lembra que "o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato da vida de outra pessoa"<sup>151</sup>.

Adiante, exalta que, para as técnicas de interpretação do CDC, deve-se levar em conta seu artigo 4º, que

---

<sup>150</sup> STJ, REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011.

<sup>151</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 22.

contém uma espécie de lente pela qual devem ser examinados os demais dispositivos, notadamente por estabelecer os **objetivos** da política nacional das relações de consumo – dos quais se destaca ‘o atendimento das necessidades dos consumidores’ –, e **princípios** que devem ser respeitados – dos quais se eleva, em primazia, o ‘reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor’. Com efeito, não pode ser aceita interpretação que contradiga essas diretrizes, destacadas no Código e alçadas a ‘objetivos’ e ‘princípios’ da política de proteção ao consumidor, sob pena de incongruência lógica com a própria razão de ser desse diploma, ou seja, sob pena de a norma que veio, por imposição constitucional, facilitar a defesa do consumidor, está a embaraçar o acesso do consumidor à jurisdição.

O julgado apresenta relevante doutrina de Eros Roberto Grau acerca da interpretação do Código de Defesa do Consumidor:

[...] eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código. O que significa isso? Sabemos que a interpretação não é uma ciência, é uma prudência. Nela chegamos a mais de uma solução correta, tendo de fazer uma opção por uma delas. A circunstância de existirem normas-objeto que determinam a interpretação de normas de organização e de conduta estreita terrivelmente a possibilidade dessa opção, porque a única interpretação correta é aquela que seja adequada à instrumentação da realização dos fins, no caso, os fins estipulados no art. 4º do CDC<sup>152</sup>.

É também sob esse prisma que enxergamos a participação do juiz no processo. Trata-se de figura imparcial, mas não imune a compreender e reconhecer que o direito do consumidor é inalienável pelo órgão colegitimado para a ação coletiva e foi definido por política pública como de fundamental relevância, a ser observada pelo fornecedor e por qualquer órgão público, o que inclui o Poder Judiciário.

Nas ações coletivas, a indisponibilidade do direito do consumidor recomenda uma cautela ainda maior por parte do magistrado, que deve buscar a verdade real dos fatos envolvidos na lide e fazer valer o direito material violado, conforme se depreende da lição de Patricia Miranda Pizzol: “Il giudice ha il dovere di giudicare (non una mera facoltà) e deve

---

<sup>152</sup> GRAU, Eros Roberto. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (Org.) (Coleção doutrinas essenciais, v. I). São Paulo: RT, 2011, p.165-166.

cercare la verità, evitando l'errore. Vale a dire che quando il diritto non è disponibile è ancora maggiore la responsabilità del giudice nel senso di cercare la verità”<sup>153</sup>

O juiz, então, ao julgar uma ação coletiva de direito do consumidor, deve compreender que os princípios processuais inerentes a qualquer processo assumem feição esporadicamente diversa, conforme defendemos a seguir.

## 4.1 Princípios norteadores da função jurisdicional em ações coletivas

### 4.1.1 Conceito e aplicação dos princípios

Conceituar e classificar princípios é uma atividade complexa sobre a qual não há uniformidade de entendimento. Em geral, aqueles podem ser considerados normas, positivadas ou não, que servem como subsídios para a interpretação e aplicação da lei pelo julgador e para unificar o sistema jurídico<sup>154</sup>.

Não nos dedicaremos, nesta dissertação, ao estudo aprofundado das correntes divergentes sobre o tema, optando por adotar o ensinamento e a definição da teoria dos princípios de Alexy<sup>155</sup>, para quem aqueles são “normas que determinam que algo seja realizado no mais alto grau efetiva e juridicamente possível. Princípios são, portanto, “comandos de otimização”.

Entendemos que o procedimento das ações coletivas deve ser otimizado ao máximo para garantir a efetividade ao instituto, devendo os princípios ser aplicados com esse viés.

Os princípios processuais são classificados como informativos e fundamentais. Conforme Nelson Nery Junior<sup>156</sup>, são princípios informativos: (1) lógico, segundo o qual o processo, como sucessão de atos interligados, deve ser lógico em sua estrutura; (2) jurídico,

---

<sup>153</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. I poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano. In: **Davanti al giudice** – studi sul processo societario. LANFRESCHI, Lucio e CARRATTA, Antonio (cura). Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p.603.

<sup>154</sup> Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida apontam que princípios são normas que imprimem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-os e embasando o sistema jurídico, sendo normas jurídicas obrigatórias e vinculantes tanto quanto qualquer regra jurídica. (WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1.,10.ed. revista, atualizada e ampliada. Coordenador Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 80).

<sup>155</sup> ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**. v.3. jan./jun. 2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 155.

<sup>156</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed.revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p. 50.

pelo que o processo deve seguir regras preestabelecidas no ordenamento; (3) político, de acordo com o qual as regras de ordem política precisam ser seguidas para buscar o máximo possível de garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade; e (4) econômico, do que se depreende dever-se obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e atividade.

Os princípios informativos são axiomas, praticamente incontroversos, enquanto os princípios fundamentais ou gerais são aqueles sobre os quais o sistema pode fazer opção, considerando aspectos políticos e ideológicos, admitindo a oposição de outros em contrário.

É importante ponderar sobre o momento em que o operador do direito, em especial o julgador, deve aplicar os princípios em uma lide coletiva de consumo.

Em uma primeira análise do tema, poderíamos afirmar que os princípios devem ser aplicados somente nos casos de lacuna do direito, apontados pelo artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Segundo Juventino de Castro Aguado e Antonia Ap. Mendes de Salles Cunha<sup>157</sup>, “Quando direitos coletivos e difusos entram em cena, sem que a norma tenha-os definido suficientemente, esta definição e sua abrangência encontram guarida na teoria dos princípios.”

Por outro lado, é igualmente possível defender que os princípios, por serem tidos como comandos de otimização ou efetividade das demais normas, não apenas devem ser levados em conta quando inexistir regra explícita aplicável, mas justamente para levá-la ao seu grau máximo de aplicabilidade, resgatando o entendimento de Alexy.

Além disso, Alexy levanta relevante discussão ao lembrar que um modelo que amplia a extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, o conceito de intervenção estatal, é um modelo que deve estar pronto para lidar com um problema decorrente dessa expansão: a colisão entre direitos e a necessária restrição deles em algumas situações. Para o filósofo, “Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito como também para tais em sentido amplo.”<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> AGUADO, Juventino de Castro; CUNHA, Antonia Ap. Mendes de Salles. Os princípios constitucionais, as lacunas do direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos. **Revista do Tribunal Regional Federal**. 3ª Região nº 79, set./out. 2006, p. 137.

<sup>158</sup> ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático (Palestra proferida na sede da ESMAFE em 7.12.1998). **Revista de Direito Administrativo** nº 217, jul./set. 1999, p. 68.

Para ele, as colisões de direitos em sentido estrito nascem quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros. Os direitos fundamentais colidentes podem ser o mesmo (p.ex.: vida de um refém x vida do sequestrador; direito a cultuar uma religião x direito a não cultuar uma religião) ou diferentes (p.ex.: à liberdade de expressão x honra).

Por outro lado, colisões de direitos em sentido amplo são colisões de direitos fundamentais com qualquer norma ou princípio que tenha como objeto bens coletivos (p.ex.: direito de propriedade x direito ao meio-ambiente saudável; liberdade do exercício profissional de uma indústria de tabaco x saúde pública).

Em qualquer dessas situações deve entrar em cena o princípio da efetividade. Tanto para otimizar o escopo das regras quanto para resolver conflitos entre direitos, entendemos deva ser avaliada a efetividade de uma ou outra regra à luz dos objetivos das ações coletivas, já delineados acima; de um ou outro direito, sempre em prol de um processo coletivo também mais ágil.

Assim, mesmo se existir norma expressa a respeito do ponto controvertido levado a juízo, deve haver interpretação de regras de direito processual e material com base em princípios, especialmente o da efetividade. Segundo Eneida Luzia de Souza Pinto<sup>159</sup>,

O reflexo no direito dos conflitos sociais de massa que se instauraram no último século, sob a óptica processual, fez-se sentir pelo desenvolvimento e sedimentação dos processos coletivos no cenário jurídico. Esse quadro, naturalmente, passou a exigir sensível transformação do instrumental necessário para a realização dos novos direitos advindos de uma sociedade massificada. Assim, visando a dar efetividade a esse processo coletivo surgem inúmeros institutos jurídicos, ao mesmo tempo em que se resgatam aqueles oriundos do direito processual civil ortodoxo, mais adequados à proteção dos interesses metaindividuais.

Defende-se, então, uma principiologia própria ao processo coletivo, especialmente baseada na Constituição Federal, indicada nos capítulos abaixo.

Inicialmente, discorreremos sobre os princípios fundamentais que, somando-se à efetividade processual e à duração razoável do processo, destacados no primeiro capítulo desta dissertação, parecem-nos mais relevantes para todo e qualquer processo civil. Nessa

---

<sup>159</sup> PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313.



tarifa, destacaremos algumas particularidades adquiridas quando da sua aplicação em processos coletivos, especialmente aqueles relacionados ao direito do consumidor.

Em seguida, com base na literatura jurídica especializada, apontaremos alguns princípios exclusivos dos processos coletivos, que podem ou não decorrer dos princípios fundamentais delineados.

Sabemos da dificuldade de classificar e organizar os princípios, de forma que não pretendemos defender sejam esses os únicos princípios aplicáveis aos processos coletivos, e nem estabelecer uma ordem lógica ou racional para a sua apresentação. Nosso propósito é apenas indicar aqueles que entendemos devem nortear o raciocínio jurídico do magistrado ao atuar em uma ação coletiva.

#### 4.1.2 Princípios fundamentais

Ao recorrermos à doutrina de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida<sup>160</sup>, constatamos que princípios fundamentais, baseados na Constituição da República, são aqueles chamados de princípios gerais do processo civil. São menos abstratos, menos gerais, mais contextuais e se referem a um determinado ordenamento jurídico, considerando inclusive suas especificidades e características.

##### 4.1.2.1 Devido processo legal

O devido processo legal é a expressão para o termo inglês do *due process of law* e está positivado no artigo 5º, LIV da Constituição Federal (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”).

Para Nelson Nery Junior<sup>161</sup>, esse princípio é a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam. Na opinião dele, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. Seria, então, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

---

<sup>160</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de direito processual civil** - teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1., 10.ed. revista, atualizada e ampliada. (Coord.) Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 80-81.

<sup>161</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p.77.

Foi a Declaração dos Direitos de Maryland, nos EUA, em 1776, que fez pela primeira vez expressa referência ao trinômio vida-liberdade-propriedade, atribuindo o sentido genérico do devido processo legal, em todas as suas particularidades, e inspirando o constituinte no Brasil<sup>162</sup>.

Em síntese, o devido processo legal pode dividir-se entre seus sentidos material (*substantive due process*) e processual (*procedural due process*), conforme discriminamos:

1) *Substantive due process*: trata-se da incidência do princípio em seu aspecto substancial, atuante sobre o direito material, tal como no direito administrativo ao se impor o princípio da legalidade ou a proteção contra abusos do poder governamental, e no direito privado, ao se garantir a autonomia da vontade com a liberdade de contratar. Justamente por isso, o *substantive due process* atua fortemente no direito do consumidor ao resguardar este que é vulnerável perante o fornecedor, equilibrando forças em prol da liberdade de contratação muitas vezes mitigada pela força do fornecedor;

2) *Procedural due process*: esse significado do devido processo legal tem maior receptividade no Brasil, mas é mais restrito. Trata-se de seu aspecto processual, das repercussões e incidências, no direito processual, do princípio do devido processo legal. Nelson Nery Junior<sup>163</sup> o resume como a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível”. Para ele, embora tivesse bastado à Constituição Federal deduzir esse princípio cujas demais seriam decorrentes, é útil reafirmar a importância dos preceitos.

O princípio do devido processo legal em seu aspecto processual assume algumas particularidades nas ações coletivas<sup>164</sup>, dentre as quais destacamos a inexistência de coisa julgada naquelas que tiverem sido julgadas improcedentes por insuficiência de provas, quando da proteção de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, garantindo-se que uma outra ação possa ser proposta e alcance a efetividade almejada do processo.

---

<sup>162</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p.79.

<sup>163</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed.revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p. 85.

<sup>164</sup> Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem a necessidade de se pensar em um “devido processo legal coletivo”, construindo-se um regime diferenciado para o processo coletivo. Com isso, dizem os doutrinadores, nasce o que se pode chamar de “garantismo coletivo”, que paulatinamente deverá consolidar-se na doutrina e na jurisprudência para assegurar mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos e às decisões judiciais nessa matéria. Dentre as formas de se atingir esse objetivo, está o controle da representatividade adequada do órgão colegitimado para a ação coletiva, sobre o que trataremos em capítulo específico mais abaixo (DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p.113).

Nessa linha, caso o juiz julgue improcedentes os pedidos da ação coletiva, mas não se pronuncie a respeito da suficiência ou insuficiência de provas, pensamos ser possível que, à luz do princípio da efetividade, caso surja uma nova prova, o colegitimado argumente que a ação anterior não fez coisa julgada *erga omnes* com relação à matéria levada a juízo como um todo, mas somente com base na prova superada, admitindo-se, portanto, uma nova ação coletiva para a defesa dos interesses do mercado consumidor.

Admite-se que o devido processo coletivo pressupõe a duração razoável da demanda até seu julgamento e sua efetivação, além da incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se autoincriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito ao promotor e ao juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive sobre as questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da *procedural due process clause*<sup>165</sup>.

#### 4.1.2.2 Inafastabilidade do controle jurisdicional

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição da República (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A efetividade processual está intimamente relacionada a esse princípio, pois, ao prever que a parte não será privada do direito de submeter litígios à apreciação do Poder Judiciário, a Constituição da República não quis apenas dizer que pode ser proposta uma ação judicial por aquele lesado ou ameaçado por outrem. O intuito desse princípio é que a ação judicial proposta seja apreciada e julgada pelo magistrado, com todas as garantias do devido processo legal, e que o direito declarado seja efetivado no mundo concreto em um prazo

---

<sup>165</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed.revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p. 90.

razoável. Se não for assim, os jurisdicionados terão excluída da real apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito, fragilizando-se<sup>166</sup>.

Também decorre do princípio em questão a possibilidade de o órgão colegitimado propor qualquer tipo de ação na busca da tutela adequada da situação fática levada à apreciação Poder Judiciário. Essa orientação não sofre qualquer abalo pelo fato de o artigo 3º da LACP dispor apenas que “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Como aponta Gianpaolo Poggio Smanio<sup>167</sup>, “o art. 19 da lei dispõe a aplicação subsidiária do CPC. Assim, não há restrição a qualquer provimento jurisdicional.”

De fato, seja por conta da aplicação subsidiária do CPC, também apontada no artigo 112 do CDC, seja pela própria análise dos dispositivos legais desses ordenamentos, fica claro que qualquer tipo de provimento é admissível no processo coletivo. O próprio artigo 83 do CDC, inserido no microsistema das demais ações coletivas referentes às matérias de interesse social, dispõe que “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. Portanto, a tutela jurisdicional será aquela requerida para cada ação cabível.

Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>168</sup> aponta que as variadas naturezas de ações (e consequentemente de sentenças) seriam observadas nos processos coletivos mesmo que o transcrito artigo 83 do CDC não existisse, porque o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal assegura a todos o direito de ação, prevendo que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Também já manifestamos acima a nossa opinião de que o direito do consumidor, especialmente quando tratado coletivamente, é indisponível e não pode ser relegado pelo autor colegitimado para a ação coletiva nem tampouco ignorado pelo julgador.

Em virtude dessa indisponibilidade, também nos parece que, excepcionalmente, viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a cláusula de arbitragem envolvendo a tutela do direito coletivo do consumidor. A própria Lei nº 9307/93

---

<sup>166</sup> A esse respeito, Patricia Miranda Pizzol aponta: “No que tange ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), é importante frisar que a Constituição Federal assegura o acesso formal à justiça, mas principalmente o acesso efetivo à ordem jurídica justa. Assim, se os consumidores precisam da tutela coletiva para a proteção dos seus direitos e ela é restringida, em função da limitação da coisa julgada, não se está permitindo o amplo acesso à justiça” (PIZZOL, Patricia Miranda. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003, p.589).

<sup>167</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 115.

<sup>168</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.711.

dispõe que somente podem se submeter a tal forma alternativa de resolução de conflitos direitos patrimoniais disponíveis.

Não fosse por isso, naturalmente consideraríamos válida a cláusula de arbitragem, que não impõe óbices ao controle jurisdicional, mas apenas afasta, por **vontade** das partes acerca de direitos disponíveis, o controle judicial integral do litígio. Isso porque a fase de conhecimento do processo seria desenvolvida por arbitragem, por árbitros com jurisdição, embora entendamos que esta é parcial, em decorrência da falta de poder de polícia e da concretização por vezes incompleta da jurisdição, diante da ausência de satisfação do direito. Assim, se o árbitro proferir sua sentença e esta não for espontaneamente cumprida, o favorecido deve executá-la perante o Poder Judiciário, que ainda poderá julgar ações cautelares (artigo 22, §4º da Lei nº 9307/93), definir aspectos relacionados à instauração do procedimento arbitral ou julgar suas nulidades.

Diante disso, em situações gerais que não compreendem a tutela coletiva do direito do consumidor ou outros direitos indisponíveis, não há qualquer violação principiológica decorrente da eleição da arbitragem, conforme argumenta Eduardo Talamini<sup>169</sup>:

(...) por um lado, a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não está submetido ao cara-ou-coroa nem à roleta russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo de suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law*; um processo em que julgadores devem ser imparciais e respondem penalmente, como agentes públicos, se não o forem...E o respeito a todas essas garantias é controlável pelo Judiciário – pois apenas não cabe ação judicial para rever o mérito do julgamento do árbitro, mas cabe para controlar todos os aspectos do devido processo legal e da validade da arbitragem”.

Ademais, no tocante à aplicação do princípio em questão nas ações coletivas, aponta Patricia Miranda Pizzol<sup>170</sup>:

Todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, de direito individual ou metaindividual (difuso, coletivo *stricto*

---

<sup>169</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo** nº 128, ano 30, out. 2005, p.70.

<sup>170</sup> PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord). São Paulo: RT, 2006, p. 86.

*sensu* ou individual homogêneo). A Constituição anterior se referia expressamente a direito individual (art.153, §4º) e, como a atual não qualifica o direito que visa a proteger (art. 5º, XXXV), é unânime a interpretação no sentido da maior amplitude conferida pela norma constitucional a esse princípio, assegurando a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

As ações coletivas realmente possibilitam que muitos jurisdicionados que não proporiam ações individuais em virtude das dificuldades inerentes aos processos judiciais possam ter seus interesses tutelados.

Seja em ações individuais ou coletivas, vale lembrar que o direito de ação sofre algumas limitações decorrentes da Lei, absolutamente legítimas, tais como condições da ação, pressupostos processuais, preclusão e aspectos formais em geral. Todavia, em homenagem aos princípios da efetividade e duração razoável do processo, deve o julgador sempre conferir ao colegitimado autor da ação coletiva a possibilidade de sanar qualquer vício formal, como meio de garantir a tutela do interesse coletivo em juízo.

#### 4.1.2.3 Isonomia

O princípio da igualdade está disposto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

Esse princípio se manifesta no Código de Defesa do Consumidor mediante o tratamento desigual entre fornecedor e consumidor, admitindo-se que estes são desiguais pelo fato de o último ser vulnerável. Já analisamos essa relação desigual e apontamos que “além de o consumidor ser vulnerável perante o fornecedor, o fato de confiar nele e em suas promessas faz com que se proteja menos contra eventual quebra de suas expectativas”<sup>171</sup>. Assim, o Poder Judiciário precisa prestigiar esse depósito de confiança eliminando riscos ou danos decorrentes da relação entre as partes.

É por isso que a Lei nº 8.078/90 traz diversas disposições para equilibrar as forças e garantir a efetividade dos processos relacionados ao direito do consumidor, inclusive processos coletivos. Entre elas, a facilitação da defesa do consumidor, pelo que se autoriza a

---

<sup>171</sup> GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. **Revista de Direito Privado** nº47, set./dez. 2011, p. 469-470.

inversão do ônus da prova *ope judicis*<sup>172</sup>, prevista no artigo 6º, VIII, e a proteção contratual trazida nos artigos 46 e seguintes, tal como a interpretação de cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor (artigo 47).

Portanto, para equilibrar a relação de consumo, conferindo igualdade de condições às partes, é necessário que os consumidores possuam algumas prerrogativas em face dos fornecedores, naturalmente mais potentes, econômica ou tecnicamente sobre o produto ou serviço que oferecem.

Acerca da fragilidade do consumidor, ensina Luiz Antonio Rizzatto Nunes<sup>173</sup>:

(...) o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

---

<sup>172</sup> Com efeito, a jurisprudência tem admitido amplamente a inversão do ônus da prova em processos coletivos, como exemplificativamente no julgado a seguir ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. TUTELA DE DIREITOS E DE SEUS TITULARES, E NÃO PROPRIAMENTE DAS PARTES DA AÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça.

2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omisso, e 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado.

3. Em primeiro lugar, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes.

5. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1253672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011)

<sup>173</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 106.

Em função do princípio da igualdade material (tratar desigualmente os desiguais), foi instituído o plano de políticas públicas de responsabilidade do Estado visando à igualdade nas relações de consumo.

Justificam-se, assim, as diversas atitudes que defenderemos sejam praticadas pelo julgador no âmbito de uma ação coletiva relacionada a lides de direito do consumidor.

#### 4.1.2.4 Contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório e ampla defesa está previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo Nelson Nery Junior<sup>174</sup>, trata-se de manifestação do princípio da isonomia:

(...) além de se constituir fundamentalmente em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o *direito de ação* quanto o *direito de defesa* são manifestações do princípio do contraditório...Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar*...e da *obrigação de informar*...que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações.

Esse princípio se aplica amplamente nos processos coletivos e permite às partes (inclusive ao réu) produzir todas as alegações e provas que estiverem à sua disposição. Com relação ao direito do consumidor, o intuito do legislador foi o de equilibrar forças entre consumidor e fornecedor, e não o de prejudicar este último ou desequilibrar as forças em prol do consumidor ou de quem o representa, de maneira que a defesa do fornecedor poderá ser tão ampla como terá sido a petição inicial do legitimado para a ação coletiva.

---

<sup>174</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed.revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p. 205-207.



Discute-se se o juiz deve avisar as partes antes de proferir uma decisão para conhecer diretamente determinada matéria. Por exemplo, nas lides relacionadas a direito do consumidor, fere o contraditório a sentença que inverte o ônus da prova sem previamente ter sido informado às partes que isso ocorreria? Sobre esse tema, veremos que alguns entendem não haver necessidade – pelo fato de a inversão ser regra de julgamento, não de procedimento –, mas pensamos deva haver prévia informação à parte prejudicada pela inversão, para garantir a sua ampla defesa.

Nessa linha, as matérias de ordem pública conhecidas de ofício podem ser objeto de decisão surpreendendo as partes ou o juiz deve anteriormente aventar a possibilidade de agir dessa forma para propiciar o contraditório e a ampla defesa? Na opinião de Nelson Nery Junior, essa atitude é recomendável, e também é a regra trazida pelo projeto do novo Código de Processo Civil, em seu artigo 10. Todavia, entendemos que, em homenagem ao princípio da duração razoável do processo, não haveria necessidade de toda e qualquer decisão em ações coletivas ser precedida de contraditório se a própria lei dispensa essa formalidade.

#### **4.1.2.5 Demanda, dispositivo, congruência e impulso oficial**

Segundo o artigo 2º do CPC, “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”. Trata-se de manifestação do princípio da demanda na sua visão clássica, de que o juiz é inerte e somente funcionará quando assim instado, nos limites do pedido. Este, em tese, deve ser interpretado restritivamente, na forma do artigo 293 do CPC. É vedado ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (artigo 128 do CPC, também apontado como princípio da congruência, em conjunto com o artigo 460 da mesma Lei, que veda ao juiz prolatar sentença de natureza diversa da pedida e condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diferente do demandado).

Sob essa clássica concepção, a invocação da tutela jurisdicional é um direito estritamente individual e a defesa dos interesses próprios fica à livre iniciativa de seu titular, sendo vedado ao juiz instaurar o processo e também, em função dos correlatos princípios dispositivo<sup>175</sup> (que alguns tomam por sinônimo do princípio da demanda) e da congruência,

---

<sup>175</sup> “Ao juiz não se dá iniciar o processo, a cargo do interessado (parte) – princípio da demanda. De igual forma, quanto à investigação da prova, conquanto não se lhe confira posição de simples espectador do ‘duelo’ (aspas nossas) entre as partes. No processo civil, vige o princípio dispositivo, que, tal qual o da demanda, serve de limitação ao exercício da jurisdição, no sentido de que o juiz não exerça sua função de ofício, nem inteiramente

no seu desenvolvimento, considerar questões não apresentadas pelas partes, para as quais a lei exige iniciativa.

Todavia, com o avanço dos interesses sociais, a massificação da sociedade e a coletivização dos processos, especialmente no campo do direito do consumidor brasileiro, cumpre averiguarmos se os princípios da demanda, do dispositivo e da congruência atualmente equivalem ao que foram para o legislador do CPC, isto é, qual o grau de inércia do Poder Judiciário frente à relevância de direitos difusos ou coletivos submetidos à sua tutela jurisdicional, e qual o limite da adstrição do juiz aos pedidos, mesmo considerando o impulso oficial.

Com relação ao início do processo, com a distribuição de uma petição inicial narrando um potencial ilícito praticado pelo fornecedor de produtos ou serviços, realmente parece não haver margem para permitir tal atividade ao juiz. Seria grave ameaça às instituições que um magistrado pudesse, em nome do Estado, estender as suas atribuições institucionais e iniciar uma ação que ele próprio poderá julgar, embora nada o impeça de exercer seus direitos de cidadão como tal, inclusive mediante a propositura de uma ação popular. Ressalvamos que, nessa hipótese, naturalmente estaria impedido para julgar a própria causa.

Como o Estado-juiz não pode iniciar um processo (*nemo iudex sine actore*), no que se refere aos direitos coletivos, o artigo 7º da Lei nº 7.347/1985 expressamente determina que se, no exercício de suas funções, o juiz tiver conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública, deverá remeter peças ao Ministério Público para as providências cabíveis. Este, porém, livremente avaliará as circunstâncias para decidir se segue em frente ou não.

Também para acomodar o princípio da demanda sem prejudicar a coletividade, a solução da lei brasileira foi prever a legitimidade ativa concorrente e disjuntiva, já delineada neste estudo, o que supre parcialmente o receio de os interesses coletivos serem relegados ao limbo por falta de atuação do legitimado ativo.

Iniciado o processo por ato de ente colegitimado, surge uma segunda discussão: o juiz está adstrito aos pedidos do autor ou, uma vez cientificado dos fatos que circundam a lide, tem o poder – e quiçá o dever – de explorar todas as consequências jurídicas deles advindas? Exemplificativamente, se chegar ao conhecimento do juiz por intermédio de

---

solto – no universo do processo judicial –, a ponto de investigar os fatos segundo sua só curiosidade.” (BARROSO, Edison Vicentini. **O juiz, o princípio dispositivo e a justiça**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 51)

uma ação um ato ilícito de fornecedor de serviços, mas o ente legitimado apenas pedir uma indenização daí decorrente, sem requerer uma obrigação de (não) fazer consistente na cessação de tal ato, pode o juiz determinar esta providência? Pode ainda o juiz condenar um réu a indenização por danos materiais se o autor da ação coletiva apenas tiver requerido ressarcimento dos danos morais?

Essas respostas daremos no capítulo acerca da atuação do juiz na fase decisória do processo coletivo. Apesar disso, antecipamos que entendemos deva o magistrado participar e conduzir ativamente o processo, em vista da pacificação social esperada desse instrumento do direito material, e com base também no princípio do impulso oficial. Em atenção a este, positivado inclusive no artigo 262 do CPC<sup>176</sup> (artigo 2º<sup>177</sup> do Anteprojeto de Lei do Novo CPC), o juiz, “que representa o Estado (poder jurisdicional do Estado), promove e determina que se promovam atos processuais de forma que o processo siga sua marcha em direção à solução do sistema jurídico para aquela determinada lide”<sup>178</sup>.

Defendemos que o magistrado não pode, a pretexto de não terem sido exauridas as possibilidades de defesa dos direitos do consumidor pelo órgão colegitimado ativo em sua petição inicial da ação coletiva (podendo outras ações ser propostas), esquivar-se da tutela jurisdicional completa (ou seja, efetiva) nas causas que envolvem interesses sociais e matérias de ordem pública, e que já estejam disponíveis para julgamento.

#### 4.1.2.6 Proibição da prova ilícita

O princípio da proibição da prova ilícita está previsto no artigo 5º, LVI, da Constituição da República, e implica o não reconhecimento da prova obtida dessa forma e, pela teoria dos frutos da árvore envenenada, também das provas decorrentes daquela originalmente ilícita<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>177</sup> “Art. 2º Salvo exceções previstas em lei, o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial.”

<sup>178</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de direito processual civil**. v.1. teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10.ed.revista, atualizada e ampliada. Coordenador Luiz Rodrigues Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 83.

<sup>179</sup> Embora os tribunais brasileiros prestigiem a teoria dos frutos da árvore envenenada, vale ressaltar que, em determinadas circunstâncias, as provas teoricamente lícitas decorrentes de uma outra ilicitamente produzida podem ser admitidas quando se conclua que se teria acesso a elas inevitavelmente, por outros meios lícitos. A esse respeito, veja-se julgado do STF: “HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÊU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO

Evidentemente, não se deve estimular a produção de prova por (ou decorrente de) meios ilícitos ou a reprodução destas em qualquer tipo de processo, de forma que doutrina<sup>180</sup> e jurisprudência<sup>181</sup>, em regra, apoiam este princípio constitucional. Todavia, em

---

ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. 1. Inépcia da denúncia. Improcedência. Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP. A denúncia narra, de forma pormenorizada, os fatos e as circunstâncias. Pretensas omissões – nomes completos de outras vítimas, relacionadas a fatos que não constituem objeto da imputação – não importam em prejuízo à defesa. 2. Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. 2.4 À guisa de mera argumentação, mesmo que se pudesse reputar a prova produzida como ilícita e as demais, ilícitas por derivação, nos termos da teoria dos frutos da árvore venenosa (*fruit of the poisonous tree*), é certo que, ainda assim, melhor sorte não assistiria à defesa. É que, na hipótese, não há que se falar em prova ilícita por derivação. Nos termos da teoria da descoberta inevitável, construída pela Suprema Corte norte-americana no caso *Nix x Williams* (1984), o curso normal das investigações conduziria a elementos informativos que vinculariam os pacientes ao fato investigado. Bases desse entendimento que parecem ter encontrado guarida no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Lei 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP, em especial o seu § 2º. 3. Ilícitude da prova das interceptações telefônicas de conversas dos acusados com advogados, ao argumento de que essas gravações ofenderiam o disposto no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/96, que garante o sigilo dessas conversas. 3.1 Nos termos do art. 7º, II, da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia garante ao advogado a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. 3.2 Na hipótese, o magistrado de primeiro grau, por reputar necessária a realização da prova, determinou, de forma fundamentada, a interceptação telefônica direcionada às pessoas investigadas, não tendo, em momento algum, ordenado a devassa das linhas telefônicas dos advogados dos pacientes. Mitigação que pode, eventualmente, burlar a proteção jurídica. 3.3 Sucede que, no curso da execução da medida, os diálogos travados entre o paciente e o advogado do corrêu acabaram, de maneira automática, interceptados, aliás, como qualquer outra conversa direcionada ao ramal do paciente. Inexistência, no caso, de relação jurídica cliente-advogado. 3.4 Não cabe aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de filtragem das escutas interceptadas. A impossibilidade desse filtro atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado. Valoração, e eventual exclusão, que cabe ao magistrado a quem a prova é dirigida. 4. Ordem denegada.” (STF, HC 91867, Rel.Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)

<sup>180</sup> “A proibição de se admitir, no processo, provas obtidas por meios ilícitos se harmoniza com a exigência de um processo contraditório, em que se assegure ampla defesa, porque falecerá à vítima do ilícito a oportunidade de contestá-las eficazmente. O direito de ampla defesa envolve, sem dúvida, a faculdade de o acusado escapar a provas que o comprometam. A obtenção ilícita de uma prova tem implicações éticas e fere a exigência de seriedade e de lealdade processual” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5.ed. de acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 155).

<sup>181</sup> “Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido.” (STF, HC

casos excepcionalmente graves, considerando o princípio da máxima efetividade do processo coletivo e a necessidade da busca da verdade real dos fatos envolvidos na lide, inclusive por imposição do interesse social, entendemos que a prova ilícita não deve ser descartada de plano nas ações coletivas (e nem mesmo nas ações individuais, em certas situações, as quais não aprofundaremos neste estudo por não serem o objeto de pesquisa).

Antes de a prova produzida ilicitamente ser desconsiderada, precisa haver uma rigorosa análise, por parte do magistrado, da gravidade dos fatos que aquela auxilia a esclarecer. O juiz deverá, à luz do princípio da proporcionalidade (amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, nesse contexto), sopesar os direitos fundamentais em jogo e decidir qual deles merece ser prestigiado, avaliando a garantia constitucional da proibição da prova ilícita à luz do direito coletivo do consumidor ferido ou ameaçado.

Imaginemos uma ação coletiva movida contra uma empresa alimentícia, com o propósito de que esta cesse a utilização de determinada substância nos alimentos destinados ao consumo infantil (no leite em pó para recém-nascidos, por exemplo). O autor colegitimado alega que tal substância tem alto potencial cancerígeno, o que o fornecedor do produto refuta com veemência. Nesse contexto, um funcionário da empresa ré clandestinamente recolhe na indústria amostras da substância que seria misturada ao leite em pó, e essas amostras são isoladamente analisadas em laboratórios que confirmam a suposição do autor, ou seja, o seu consumo pode causar danos irreversíveis à saúde dos recém-nascidos.

O juiz, então, deverá sopesar a proibição da prova ilicitamente obtida (dado que oriunda de um potencial ato de furto da substância da indústria pelo funcionário) à luz do direito básico do consumidor (artigo 6º, I do CDC) e de qualquer ser humano à proteção da vida, da saúde e da segurança, nesse caso contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Nesse caso hipotético, certamente ninguém duvidará de que a prova ilicitamente produzida não pode ser simplesmente descartada pelo julgador, sacrificando direitos tão fundamentais dos consumidores, mas, ao contrário, contribuirá para determinar a cessação da prática ilícita pelo fornecedor. Outras situações podem levar à mesma conclusão, ainda que não sejam tão extremadas como propositalmente elegemos para ilustrar a situação.

Essa função jurisdicional deve ser realizada com ainda mais cautela nos processos coletivos, nos quais o impulso oficial merece ser elevado ao seu grau máximo, em

virtude do interesse social envolvido, de forma que, em prol da efetividade e sopesados os interesses apresentados na demanda, o magistrado deve razoavelmente decidir se aceitará ou não determinada prova.

Mesmo quando a prova ilícita for admitida no processo, à luz do princípio da proporcionalidade, é preciso que as autoridades competentes investiguem e, se for o caso, punam civil e criminalmente aqueles que ilegalmente produziram a prova, como forma de manter o Estado de Direito e evitar a banalização dessa conduta sob o argumento muitas vezes falacioso de que os fins justificam os meios. Mas é possível que, no contexto de um processo civil ou criminal contra os autores da prova ilícita ou os que participaram desta, ou então contra os autores da conduta provada por um meio inicialmente considerado ilícito, entenda-se que nem sequer houve ilicitude na produção da prova.

Com efeito, Alexandre de Moraes ensina que

as liberdades públicas não podem ser utilizadas como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Dessa forma, aqueles que ao praticarem atos ilícitos inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado<sup>182</sup>.

Em função disso, aponta ainda que, no caso de desrespeito aos direitos humanos fundamentais, a ilicitude na colheita da prova pode ser afastada, por ter sido produzida em legítima defesa, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

‘Habeas corpus’. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido. (STF, HC 74678, Rel. Ministro MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/1997, DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232).

---

<sup>182</sup> MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. revista e atualizada até a EC No. 68/11 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121.

Portanto, o fato de a prova ter sido produzida ilicitamente não significa que simplesmente não poderá ser considerada pelo julgador da ação coletiva, que deverá analisar concretamente a situação dos autos para proferir uma decisão razoável e baseada no princípio da proporcionalidade.

#### 4.1.2.7 Motivação

O princípio da motivação está explícito no artigo 93, IX da Constituição da República, segundo o qual

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Da mesma forma, o artigo 458, II do CPC dispõe serem requisitos essenciais da sentença os fundamentos, por meio dos quais o juiz analisará as questões de fato e de direito. Trata-se do livre convencimento motivado do juiz.

O princípio naturalmente é aplicável a qualquer tipo de processo, inclusive aos coletivos, e a qualquer tipo de decisão, não apenas na sentença. Conforme salienta Marcelo Abelha Rodrigues<sup>183</sup>, a fundamentação é essencial para caracterizar o devido processo legal, pois o jurisdicionado tem o direito de conhecer os motivos que levaram o magistrado a acolher ou rejeitar a sua pretensão e, com isso, poder recorrer de maneira acurada, expor os fatos e as razões da insurgência.

Assim, ao proferir alguma decisão, o juiz deve fundamentá-la adequadamente, sob pena de nulidade<sup>184</sup>. Segundo tem entendido a jurisprudência, a motivação das decisões

---

<sup>183</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do direito processual civil**. v.2. São Paulo: RT, 2000, p. 258.

<sup>184</sup>“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. NÃO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO POSTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL CONFIGURADA. MOTIVAÇÃO INEXISTENTE. “DUE PROCESS OF LAW”. ART. 535, CPC. RECURSO PROVIDO.

I – A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, sob pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no “due process of law”, representando uma “garantia inerente ao estado de direito”.

II – É nulo o acórdão que mantém a sentença pelos seus próprios fundamentos, por falta de motivação, tendo o apelante o direito de ver solucionadas as teses postas na apelação.” (STJ – RESP nº 493625/PA – Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA - J. 26.06.2003)

judiciais pode ser sucinta<sup>185</sup>, sendo autorizado ao magistrado, dada a necessidade de se pautar pela duração razoável do processo, inclusive referir-se ao conteúdo do parecer do Ministério Público em sua fundamentação<sup>186</sup>.

Todavia, parte da jurisprudência tem reiterado que a decisão judicial não pode ser incompleta, devendo enfrentar os pontos controvertidos fundamentais da lide e, quando se referir à manifestação do Ministério Público, precisa estar revestida de um mínimo de pessoalidade que demonstre terem os fatos e fundamentos jurídicos da lide sido devidamente apreciados<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> “DIREITO CIVIL E DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: INEXISTÊNCIA. 1. O acórdão do TST contém motivação suficiente e adequada para o deslinde da questão, o que afasta eventual pretensão da parte agravante de destrancar o recurso extraordinário e, por conseguinte, a aplicação do instituto da repercussão geral. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem o entendimento pacificado no sentido de que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93 que “o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada”. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, AI 816457 AgR, Rel.Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe-026 DIVULG 08-02-2011 PUBLIC 09-02-2011 EMENT VOL-02460-02 PP-00455)

<sup>186</sup> Nelson Nery Junior ensina ser fundamentada a decisão “que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido ‘adotando as razões do parecer do Ministério Público’, está fundamentada referida decisão, se no parecer do *Parquet* houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009, p. 286-287).

Nesse sentido também há precedente jurisprudencial: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO QUE NÃO COMBATEU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. NULIDADE DA SENTENÇA POR IMPEDIMENTO DA MAGISTRADA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AFRONTA AOS ARTS. 155 E 381, I, AMBOS DO CPP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA. INOCORRÊNCIA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AOS ARTS. 156 DO CPP. E 171 DO CP. ESTELIONATO. DOLO DA CONDUTA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão que inadmitiu o apelo especial. Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. A ausência de indicação do dispositivo violado enseja a aplicação do enunciado nº 284 do Pretório Excelso, pois caracteriza deficiência na fundamentação, o que dificulta a compreensão da controvérsia.

3. É assente nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que não há que se cogitar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, se o juiz, ao fundamentar sua decisão, reporta-se à sentença anteriormente prolatada, ou mesmo ao parecer do Ministério Público, na denominada fundamentação “per relationem”.

(...) 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 17.227/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012)

<sup>187</sup> “PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ARTS. 130 E 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA.

1. É nulo o acórdão que, sem esclarecer os fundamentos jurídicos da solução adotada, se limita a confirmar a sentença recorrida. Violação dos arts. 130 e 535 do Código de Processo Civil.



Embora concordemos com esse posicionamento e nos pareça ser essencial que as decisões judiciais enfrentem os pontos de recurso com esse mínimo de pessoalidade, há casos, inclusive do próprio STJ<sup>188</sup>, nos quais os magistrados se limitam a transcrever o parecer do Ministério Público, o que, a nosso ver, pode implicar nulidade da decisão por falta de motivação.

Compreendemos o fundamento da jurisprudência sobre a extensão da motivação das decisões judiciais. Contudo, notamos na prática da advocacia que muitos julgadores têm deixado de apreciar questões relevantes trazidas por alguma das partes, especialmente pela defesa. Esse comportamento tem sido ratificado pelos tribunais sob o fundamento que o magistrado não é obrigado a analisar uma a uma as alegações das partes.

Ora, especialmente nas ações coletivas, que dispõem de amplo alcance e utilidade à massa de consumidores, e cujas sentenças eventualmente podem sofrer o transporte *in utilibus* da coisa julgada (artigo 103, §3º do CDC), é essencial estarem bem delineados os contornos do dispositivo da sentença, de forma que a fundamentação deve ser precisa e contundente, sem dar margem a amplas interpretações, sob pena de prejudicar a execução do comando ou de atrasar essa fase por conta de nulidades futuras decorrentes da falta de fundamentação suficiente. Dessa forma, o julgador deve ter especial cuidado ao elaborar as sentenças de ações coletivas.

Se julgar improcedentes os pedidos de ação coletiva, é aconselhável ao magistrado indicar se o fez por insuficiência de provas ou com suficiência destas. Trata-se de questão extremamente importante dado que a coisa julgada nas ações coletivas se dá *secundum eventum litis*. Desta maneira, nas ações relacionadas a direitos difusos ou coletivos

2. Na sessão do último dia 20.09.2007, no julgamento do AgRg no AgRg no Ag 749.394/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, a SEGUNDA TURMA consignou que as decisões que simplesmente façam remissão aos fundamentos de outra ou de parecer do Ministério Público sem, ao menos, transcrevê-los, devem ser declaradas nulas, determinando-se o retorno dos autos para que novo julgamento seja proferido.

3. Necessário determinar-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja proferida nova decisão. Prejudicado o exame do mérito.

4. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 841.823/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 09/11/2007, p. 240)

<sup>188</sup> “Presentes os pressupostos de admissibilidade do presente recurso, dele conheço. A controvérsia está centrada no inconformismo da parte ré em ação civil pública movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO com objetivo de averiguação de possível dano ambiental, no adiantamento das custas dos honorários periciais, tendo o Tribunal a quo, interpretando o artigo 6º, do CDC e artigo 18, da Lei da Ação Civil Pública, entendido que o Parquet está em franca desvantagem com o demandado, no que é possível a inversão do ônus da prova e a atribuição dos custos periciais. Com efeito, não assiste razão à recorrente. Transcrevo a argumentação expendida pelo il. representante do Ministério Público Federal, dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS, porque inteiramente pertinente ao deslinde da controvérsia, verbis : ‘[transcrição do parecer do parquet]’. Em razão do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao presente recurso. É o voto.” (STJ, REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009).

*stricto sensu*, não haverá coisa julgada *erga omnes* ou “ultra partes”, respectivamente, com relação a novas ações coletivas, se o julgamento for de improcedência por insuficiência de provas.

Que fazer, então, se o magistrado não expuser se julgou improcedentes os pedidos de ação coletiva por insuficiência de provas? Poderia ser proposta uma outra ação coletiva com base em prova nova ou haveria coisa julgada *erga omnes*? Em nossa opinião, na hipótese de omissão do magistrado (nesse caso caracterizada como falta de motivação adequada da sentença), deve ser admitida uma nova ação coletiva com base em prova nova, em homenagem ao princípio da efetividade processual, dado que não se justificariam, nesse cenário, o impedimento à ação coletiva e o estímulo à multiplicação de ações individuais com os consequentes efeitos nefastos que as acompanham.

Há quem defenda, inclusive, que mesmo se o magistrado de ação coletiva anterior tiver motivado sua sentença à luz das provas constantes dos autos e indicado serem elas suficientes para o julgamento de improcedência dos pedidos da ação coletiva, se surgir uma nova prova, significa que, na realidade, o julgamento havia ocorrido por insuficiência de provas. Portanto, seria possível propor uma nova ação coletiva, pela ausência de coisa julgada.

Nesse caso, segundo Patricia Miranda Pizzol, com quem concordamos, tanto se a prova inédita utilizada em nova ação coletiva estivesse disponível na época da ação e da sentença anterior, como se estivesse indisponível (no sentido de que seria impossível produzi-la), pode-se dizer que sentença foi de improcedência por insuficiência de provas, ainda que o julgador não tenha sido expresso quanto a esse aspecto, ou que tenha declarado a suficiência da prova<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> “Há, hoje, uma discussão a respeito da possibilidade de a coisa julgada operar-se *secundum eventum probationis*. De acordo com essa tese, o surgimento de nova prova permitiria, mesmo na hipótese de improcedência com provas suficientes, o ajuizamento de nova ação.

É preciso verificar se a prova nova era disponível por ocasião do processo que gerou a sentença de improcedência ou não. Se a prova era disponível, pode-se dizer que sentença foi de improcedência por insuficiência de provas, ainda que o julgador não tenha sido expresso quanto a esse aspecto, sendo, portanto, perfeitamente possível a propositura de nova ação, com a nova prova.

**E na hipótese de prova indisponível, isto é, prova impossível de ser produzida por ocasião do processo coletivo, ainda que a sentença seja de improcedência com suficiência de provas, é possível a propositura de nova ação coletiva? (...)**

Em se tratando, porém, de processo coletivo, entendemos que a regra especial a respeito da coisa julgada, contida no artigo 103 do CDC, pode ser interpretada de modo a restar justificada a propositura da ação coletiva. Isto é, podemos afirmar que o surgimento de nova prova técnica, indisponível por ocasião do processo coletivo que ensejou sentença de improcedência, leva à conclusão de que a sentença foi proferida em tal sentido exatamente em razão da insuficiência da prova. Ainda que o julgador tenha declarado na sentença a suficiência da prova, o surgimento da nova prova demonstra que, a rigor, na essência, ela foi dada sem provas suficientes. Trata-se de uma interpretação em prol da defesa dos direitos coletivos, que somente se sustenta, no nosso sentir,

#### 4.1.2.8 Publicidade

O princípio da publicidade está expresso nos artigos 5º, LX e 93, IX da Constituição Federal:

Art.5º, LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art.93, IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Esperamos ampla publicidade dos processos coletivos, com o intuito de dar ciência a todos os jurisdicionados que puderem ser favorecidos por eles, conferindo máxima efetividade ao processo e evitando lides individuais. Todavia, o edital a que se refere o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor não é suficiente para dar publicidade à propositura da ação coletiva. É necessário, na forma do mesmo dispositivo, que os órgãos de defesa do consumidor façam ampla divulgação do processo pelos meios de comunicação, e seria muito útil se houvesse uma central efetiva de informações sobre ações coletivas no país, até mesmo para poupar o Poder Judiciário de analisar demandas repetitivas e evitar decisões contraditórias.

A resolução conjunta nº 2, de 21 de junho de 2011, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, instituiu formalmente os cadastros nacionais de informações ações coletivas, inquéritos e termos de compromisso de ajustamento de conduta, inclusive prevendo que tais documentos deverão ser disponibilizados na internet, com a finalidade de alcançar ampla publicidade. Todavia, o sistema ainda não foi devidamente estruturado e não opera da forma esperada para conferir publicidade à coletividade beneficiada pelos atos.

---

em razão das características especiais da coisa julgada coletiva, decorrentes da legislação infraconstitucional. Acrescente-se, contudo, que, de qualquer modo, para que não parem dúvidas a respeito da possibilidade da propositura de nova ação em tal hipótese, é ideal que a legislação respectiva seja alterada. Propomos, nesse sentido, a inserção de parágrafo no artigo 103 do CDC com a seguinte redação: ‘Em qualquer hipótese, seja o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, a sentença de improcedência proferida no processo coletivo não impedirá a propositura de nova ação coletiva desde que fundada em prova técnica indisponível à época do julgamento da causa’.” (PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em:<[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 5 mai. 2013, p.25-27).

Apesar de o artigo 96 do Código de Defesa do Consumidor ter sido vetado, prevalece na doutrina o entendimento de que a publicidade é necessidade tão básica para dar efetividade à sentença que o juiz deve, de qualquer forma, providenciar a sua publicação pelos meios mais eficazes ao consumidor.

Por fim, vale lembrar que, em regra, o inquérito civil será público, conforme os artigos 7º e 8º da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 7º Aplica-se ao inquérito civil o princípio da publicidade dos atos, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações, casos em que a decretação do sigilo legal deverá ser motivada.

Art. 8º Em cumprimento ao princípio da publicidade das investigações, o membro do Ministério Público poderá prestar informações, inclusive aos meios de comunicação social, a respeito das providências adotadas para apuração de fatos em tese ilícitos, abstendo-se, contudo de externar ou antecipar juízos de valor a respeito de apurações ainda não concluídas.

#### 4.1.3 Princípios específicos dos processos coletivos

Somados aos (e amparados nos) princípios fundamentais já listados nos capítulos anteriores, verificamos em parte da doutrina referências a outros específicos dos processos coletivos<sup>190</sup>. Apontaremos resumidamente aqueles que nos parecem ser os principais, e que contribuem para justificar os atos do magistrado em cada uma das fases do processo.

---

<sup>190</sup> Eneida Pinto de Souza (PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313) inclui, dentre esses princípios específicos, o da máxima efetividade do processo coletivo. Contudo, já apontamos acima que entendemos ser a efetividade do processo o grande ponto de partida para o estudo das ações coletivas relacionadas a lides do consumidor, norteador de todos os demais princípios, na linha em que estruturamos o raciocínio desenvolvido nesta dissertação. Não é, pois, apenas mais um dos princípios que regem as ações coletivas. Ainda assim, vale apontar que, segundo a referida doutrina, esse princípio decorre da necessidade de se alcançar a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na ação coletiva, por imposição do interesse social e em decorrência do direito de acesso à justiça, além de estar implícito nos já comentados artigos 83 do Código de Defesa do Consumidor e 21 da Lei de Ação Civil Pública.

Por força desse princípio, o juiz deve se valer de todos os instrumentos para alcançar a verdade real e proporcionar a tutela adequada e efetiva dos direitos transindividuais. Assim, pode determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, embora sempre observando o devido processo legal, e conceder as medidas necessárias à eficácia de seus atos. Isso decorre do impulso oficial, que é incomensuravelmente maior nas ações coletivas, tanto que o Anteprojeto da Nova Lei de Ação Civil Pública especificará alguns poderes do juiz não aplicáveis aos processos individuais, tais como a flexibilização da técnica processual e a possibilidade de desmembramento de processo coletivo para conveniência da tramitação, conforme enfatizado inclusive na exposição de motivos daquele projeto de lei.

1) Princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo: decorrente do fato de o Poder Judiciário, no atual sistema constitucional, assumir a função de transformar a realidade social, dando efetividade às normas garantidoras dos direitos coletivos fundamentais. Dessa forma, o Poder Judiciário tem interesse de enfrentar o mérito do conflito para promover a pacificação social. Em homenagem a esse princípio, o juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual<sup>191</sup> tanto quanto possível, para efetivamente resolver a lide, pautado na instrumentalidade das formas e no sistema das invalidades processuais do CPC, notadamente o artigo 249, §2º<sup>192</sup>, segundo o qual, quando puder decidir o mérito a favor de quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato;

2) Princípio da máxima prioridade da tutela coletiva<sup>193</sup>: Poder Judiciário deve atuar para priorizar demandas coletivas, pois resolve inúmeros conflitos de uma só vez e gera todos os benefícios já indicados nesta dissertação. Nesse sentido, o PLS 282/2012 inclui o §3º ao artigo 81 do CDC e o artigo 104-A para prever que as ações coletivas terão prioridade de processamento e julgamento, exceto perante ações populares e de alimentos;

3) Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva<sup>194</sup> ou princípio da não taxatividade e atipicidade da ação e dos processos coletivos<sup>195</sup>: todos os tipos de ações, procedimentos e medidas podem ser usados em prol da tutela coletiva – decorrência dos artigos 83 do Código de Defesa do Consumidor (“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”) e 21 da Lei de Ação Civil Pública (“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”). Sob esse raciocínio, qualquer restrição à tutela coletiva do direito do consumidor seria inconstitucional, inclusive como decorrência do disposto no artigo 129, III, da Constituição da República (“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o inquérito civil e a ação civil

---

<sup>191</sup> PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313.

<sup>192</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4., 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2012, p. 119.

<sup>193</sup> PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313.

<sup>194</sup> Conforme PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo**, ano 32, nº 151, set. 2007, p. 312-313.

<sup>195</sup> Também segundo a denominação utilizada por ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.575; DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4.7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p. 126-128.

pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”);

4) Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva<sup>196</sup>: busca-se aproveitar ao máximo e beneficiar o maior número possível de pessoas, pelo que se admite coisa julgada *erga omnes* ou “ultra partes”. Entendemos que, em função desse princípio e da necessidade de se conferir máxima efetividade às ações coletivas, pode o magistrado ampliar subjetivamente a lide coletiva, para que seja alcançado grupo ou classe não incluso originalmente na demanda coletiva;

5) Princípio da indisponibilidade ou da disponibilidade motivada da ação coletiva<sup>197</sup>: a desistência, a inércia ou o abandono da ação coletiva são submetidos ao controle por parte dos outros legitimados coletivos ativos, que poderão assumir o controle do processo (especialmente o Ministério Público), na linha em que já expusemos no capítulo específico mais acima. Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr destacam que essa indisponibilidade é ainda mais acentuada na demanda coletiva executiva<sup>198</sup>, que não comporta possibilidade de não se perseguir a execução, pois, tendo sido ajuizada ação coletiva e julgados procedentes os seus pedidos, é dever do Estado efetivar esse direito coletivo *lato sensu*. Já Eneida Luzia de Souza Pinto<sup>199</sup> indica separadamente (mas com o mesmo conceito dos mencionados doutrinadores) o princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público, que justifica em previsão legal expressa nos artigos 15 da LACP (“Decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”) e 16 da Lei da Ação Popular (“Caso decorridos 60 (sessenta) dias da publicação da sentença condenatória de segunda instância, sem que o autor ou terceiro promova a respectiva execução, o representante do Ministério Público a promoverá nos 30 (trinta) dias seguintes, sob pena de falta grave”);

---

<sup>196</sup> Conforme PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313.

<sup>197</sup> Conforme PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p.312-313 e DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4., 7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p.122-123.

<sup>198</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2012, p. 123.

<sup>199</sup> PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007, p. 312-313.

6) Princípio do microssistema ou princípio da aplicação integrada das leis para a tutela coletiva<sup>200</sup>: os processos coletivos são regidos por normas próprias e integradas por um microssistema, na forma em que já expusemos mais acima. Assim, apenas residualmente se aplica o Código de Processo Civil;

7) Princípio da reparação integral do dano<sup>201</sup>: embasado, dentre outras, nas regras dos artigos 100 do CDC e 11 da Lei da Ação Popular (“Art. 11. A sentença que julgando procedente a ação popular decretar a validade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando incorrerem em culpa”). Entendemos que, em virtude do microssistema de ações coletivas, esse artigo contribui com a possibilidade de o magistrado conceder de ofício a indenização em prol da coletividade de consumidores, conforme defenderemos no capítulo abaixo sobre os atos do juiz na fase decisória dos processos.

#### **4.2 A atuação do juiz nas diferentes fases do processo coletivo**

Nos processos coletivos relacionados a direito do consumidor justifica-se uma atuação muito mais proativa do juiz do que em processos individuais acerca de direitos disponíveis. Isso se dá em função da repercussão de uma ação coletiva sobre a sociedade e ainda da indisponibilidade, por parte do legitimado ativo, dos direitos difusos e coletivos tutelados, quaisquer que sejam eles, e da relevância do direito fundamental de proteção ao consumidor, também fundamento constitucional da atividade econômica brasileira.

Neste capítulo, abordaremos aspectos do comportamento esperado do juiz em cada fase do processo de conhecimento pelo rito ordinário, geralmente seguido pelas ações coletivas: postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e executiva.

Tomamos por fase postulatória aquela na qual as partes manifestam as suas razões de ação e de defesa, travando debates em torno delas. O juiz aprecia pedidos de medidas de urgência e avalia, pela primeira vez, os aspectos formais da lide, podendo inclusive rejeitar a inicial.

---

<sup>200</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p 124-125.

<sup>201</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p.125-126.

Embora a fase de saneamento<sup>202</sup> não seja reconhecida como fase específica do processo por toda a doutrina, entendemos deva ser tratada com diferenciação tanto da fase antecedente (postulatória) como da posterior (instrutória), dado que a decisão saneadora não se encaixa em qualquer uma delas. Consideramos que essa fase ‘intermediária’ se refere às providências dos artigos 329 e seguintes do CPC, a que Vicente Greco Filho<sup>203</sup>, fazendo alusão ao nome do capítulo, refere-se como fase do julgamento conforme o estado do processo. Dentre as alternativas propostas está o saneamento do processo.

Com relação à fase instrutória<sup>204</sup>, optamos por referi-la às atividades probatórias praticadas pelo magistrado e enquadrá-la entre o momento após o saneamento do processo, com a fixação dos pontos controvertidos, passando pela produção das provas até o encerramento da audiência de instrução e julgamento ou da última providência probatória de qualquer natureza.

A fase decisória ocorre quando da prolação da sentença em primeira instância, da qual cabe recurso de apelação, instaurando-se a fase recursal e, provisoriamente ou, se após a sentença transitada em julgado, definitivamente, passa-se à fase de execução.

Para melhor organização, optamos por dividir este trecho da nossa dissertação conforme as fases do processo, mas reconhecemos que os critérios utilizados para a alocação de cada matéria abordada dentro de determinada fase podem não ser exatos. Sendo o processo uma sucessão lógica de atos concatenados, o ocorrido em uma fase (ou um ato) naturalmente impacta em outra fase (e em outro ato), de forma que optamos por explorar um ou outro assunto na fase do processo que nos pareceu ser preponderante para cada ato.

Não se trata, portanto, de classificação inflexível. Também não temos a pretensão de exaurir as possibilidades de atuação do juiz em cada fase, pois são incontáveis as peculiaridades que podem surgir em cada processo, mas pretendemos indicar o comportamento geral esperado do magistrado em cada uma dessas fases, além de

---

<sup>202</sup> Conforme termo utilizado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (**Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007, p. 602).

<sup>203</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais**. v.2, 18.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 96-97.

<sup>204</sup> Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco expõem divergência quanto ao significado da instrução e defendem o seu ponto de vista da seguinte maneira: “*Atos instrutórios* são aqueles destinados a convencer o juiz (ou seja, *instruí-lo*); evidentemente, cada parte procura, através de atividades dessa espécie, trazer elementos para que o juiz se convença das razões que aduziu. O vocábulo *instrução*, o adjetivo *instrutório* e o verbo *instruir* são empregados ora em sentido amplo (como no texto), ora em sentido estrito (correspondendo apenas à atividade probatória). Embora essa última seja a preferência do legislador (CPC, art. 454), é cientificamente mais correto considerar a instrução probatória como mera parte integrante da instrução (que abrange também as alegações das partes)” (**Teoria geral do processo**. 26.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 365).



exemplificá-lo com as condutas que nos pareceram mais recorrentes ou importantes neste momento do trabalho.

#### **4.2.1 Fase postulatória**

##### **4.2.1.1 Controle da representatividade adequada**

As ações coletivas admitem uma legitimidade ativa diferenciada (autônoma para alguns quanto à proteção de direitos difusos e coletivos; extraordinária para outros quanto a estes direitos e, para a maioria, quanto aos direitos individuais homogêneos), conforme já examinamos.

Cabe então discutir se existiria, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aferição, pelo juiz, de uma condição para o exercício da ação coletiva, denominada ‘representatividade adequada’ no ordenamento norte-americano e em alguns países ibero-americanos<sup>205</sup>. Isto é, para a propositura de uma ação coletiva, basta figurar no rol dos artigos 5º da LACP e 82 do CDC ou é preciso ir além disso, demonstrando-se que o órgão autor e seu advogado realmente têm condições não apenas puramente legais, mas também reais e concretas, de desempenhar com efetividade função tão nobre como a defesa de direitos coletivos em juízo?

A prática do controle da representatividade adequada surgiu no direito norte-americano em função de a coisa julgada se estender a todos os integrantes de determinados grupos ou classes que se pretendem proteger por meio da *class action*, independentemente do resultado do julgamento, seja de procedência ou de improcedência. Tendo em vista essa maior vinculação de terceiros em comparação com o sistema brasileiro, mostra-se mais preocupante que o órgão legitimado ativo efetivamente esteja apto a defender os direitos coletivos.

No direito brasileiro, ao contrário, já se viu que, em relação aos integrantes de determinado grupo ou classe, o julgamento de improcedência dos pedidos da ação coletiva não fará coisa julgada para afetar os consumidores individualmente, exceto se o interessado intervier no processo como litisconsorte nas ações relacionadas a direitos individuais

---

<sup>205</sup> A questão da representatividade adequada é uma daquelas que bem ilustram a dificuldade de se dividir em fases processuais cada matéria ora mencionada, pois embora seja questão potencialmente analisada pelo juiz em sua primeira manifestação nos autos, logo na fase postulatória, isso também pode ocorrer na fase de saneamento do processo, na qual se decidem as questões processuais pendentes como esta. Aliás, nas palavras de Antonio Gidi, pode ocorrer até mesmo de o órgão colegitimado ter (ou aparentar ter) representatividade adequada no início do processo mas perdê-la ao longo deste, tanto que o controle desse requisito no direito norte-americano é constante (GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo** n. 108, ano 27, out./ dez. 2002, p. 64).

homogêneos (artigo 103, §2º do CDC). Assim, à primeira vista, poder-se-ia imaginar quase inútil a discussão sobre representatividade adequada quando dissesse respeito à vedação da propositura da ação coletiva por determinado órgão.

Entretanto, ainda que a coisa julgada não se opere no Brasil tal como nos Estados Unidos da América, não interessa ao Poder Judiciário e nem à coletividade que direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam tutelados por um órgão sem condições de fazê-lo satisfatoriamente.

Em primeiro lugar, uma ação mal proposta, ou iniciada por quem não tenha efetiva representatividade da coletividade abrangida, pode induzir litispendência e levar à eventual extinção de processos coletivos<sup>206</sup> muito mais fundamentados em favor dos consumidores.

Em segundo lugar, ações propostas por quem não reúna condições reais de fazê-lo podem prejudicar os consumidores porque, ainda sem fazer coisa julgada sobre estes individualmente em caso de improcedência dos pedidos, certamente a perda do processo coletivo constituiria importante precedente negativo para todas as ações individuais dos consumidores, ferindo o direito fundamental à proteção integral.

Em terceiro lugar, uma ação coletiva sem representatividade adequada pelo ente colegitimado ativo movimentada o Poder Judiciário desnecessariamente, gera perda de efetividade no sistema e relativiza justamente um dos maiores benefícios dos processos coletivos, que é otimizar a prestação jurisdicional para abarcar um grande número de interesses.

Em quarto lugar, o julgamento de improcedência com suficiência de provas faz coisa julgada perante outros entes colegitimados para a propositura da ação coletiva relacionada a direitos difusos ou *stricto sensu*, ou seja, uma ação mal proposta eventualmente impede outras ações bem fundamentadas, podendo isso inclusive estimular colusão processual entre autor e réu da ação coletiva para diminuir as chances de este último efetivamente sofrer condenações. Conforme ensina Ada Pellegrini Grinover,

problemas práticos têm surgido pelo manejo de ações coletivas por parte de associações que, embora obedeçam aos requisitos legais, não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma ‘representatividade’

---

<sup>206</sup> Caso não se prefira reunir os autos do processo para julgamento conjunto, possibilidade já aventada no capítulo da legitimidade ativa mais acima, considerando-se a potencial complementaridade entre ações distintas e o princípio da máxima efetividade dos processos coletivos.

idônea e adequada. E, mesmo na atuação do Ministério Público, têm aparecido casos concretos em que os interesses defendidos pelo parquet não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe de cujos interesses ele se diz portador em juízo. Assim, embora não seja esta a regra geral, não é raro que alguns membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudo-defensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido. Para casos como esse, é que seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a legitimação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a ‘representatividade’ do legitimado se demonstrasse inadequada<sup>207</sup>.

Por tudo isso, pensamos ser mandatório que o juiz controle com afincos a representatividade adequada do autor coletivado das ações coletivas relativas a direito do consumidor, apurando se o órgão coletivado e seu advogado se mostram aptos a defender plenamente os direitos coletivos em questão, sob pena de as chances de a coletividade ser prejudicada serem maiores que a de ser beneficiada, face às circunstâncias da demanda.

Essa representatividade adequada não está claramente prevista no direito brasileiro e, conseqüentemente, pode ser interpretada no conceito da própria legitimidade ativa a ser verificada pelo magistrado. Na linha de Antonio Gidi,

Quando se fala de “representação”, não se refere a “representação” no sentido técnico-jurídico da palavra no direito processual civil brasileiro. Refere-se àqueles legitimados pelo direito positivo de um país a propor uma ação coletiva em benefício do grupo titular do direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. “Representante” aqui deve ser considerado como sinônimo de “porta-voz”: o autor da ação coletiva é um porta-voz dos interesses do grupo, sendo seu portador em juízo<sup>208</sup>.

Ou seja, a nosso ver, a análise da legitimidade ativa seria feita em duas fases<sup>209</sup>: na primeira, o magistrado verificaria a legitimidade legal para a propositura da ação coletiva, analisando se a entidade autora consta dos artigos 5º da LACP ou 82 do CDC; na segunda fase, o julgador controlaria a adequação da legitimidade em concreto, somente aí avaliando se existe a representatividade adequada dos direitos coletivos tutelados.

---

<sup>207</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, vol. 361, mai./jun. 2002, p. 5-6.

<sup>208</sup> GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo** n. 108, ano 27, out./ dez. 2002, p. 61.

<sup>209</sup> Conforme bem sintetizam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2012, p.213).

O maior óbice é a falta de legislação clara permitindo essa atitude em qualquer situação, mas entendemos que o princípio da efetividade processual recomenda tal atitude pelo magistrado, especialmente diante da ampla proteção legal ao consumidor.

O artigo 5º, LIV da Constituição da República garante o devido processo legal como um direito coletivo fundamental, e não seria razoável supor que um órgão absolutamente mal preparado ou, quiçá, mal intencionado, teria recebido passe livre para propor ações coletivas tutelando o direito constitucional fundamental de proteção ao consumidor sem desenvolvê-las da melhor forma possível.

Como o Código de Defesa do Consumidor e a ação coletiva se inserem em um contexto maior, que é a Constituição da República, pouco importa que a lei infraconstitucional brasileira não preveja expressamente que o juiz deva controlar a adequação do representante. Não se trata de uma questão meramente processual, mas constitucional.<sup>210</sup>

De qualquer maneira, alguns dispositivos legais infraconstitucionais permitem depreender, a partir de seu conteúdo, a possibilidade de controle da representatividade adequada no Brasil, pelo fato de o legislador ter se preocupado em impor (outros) requisitos para a propositura de ações coletivas por determinados entes colegitimados.

Mesmo sem claramente referir à representatividade adequada, tudo nos leva a crer que isso tenha sido feito com a finalidade de garantir que os direitos coletivos sejam buscados por aqueles que reúnam as melhores condições de fazê-lo, que é justamente o conceito por trás do instituto cuja aplicação propomos nesta pesquisa.

O artigo 82, III do CDC concede legitimidade ativa nas ações coletivas a entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código. A pertinência temática também é requisito para as associações proporem ações coletivas, na forma do artigo 82, IV do CDC.

Caberá ao juiz, portanto, avaliar se o autor da ação coletiva é “especificamente destinado” ou inclui dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos do consumidor, devendo o magistrado, conforme orientação jurisprudencial do STJ<sup>211</sup>, realizar interpretação

---

<sup>210</sup> GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007, p. 134.

<sup>211</sup> No julgado objeto da ementa transcrita a seguir, o STJ inclusive admitiu que o órgão da administração pública autor da ação coletiva tenha adquirido legitimidade ativa após a propositura da ação, mediante resolução conferindo-lhe a atribuição de defesa do consumidor: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DO CONSUMIDOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE

extensiva, sistemática e teleológica desse dispositivo, para alargar as hipóteses das ações coletivas e conferir eficácia ao preceito constitucional de proteção do consumidor.

Da mesma forma, já abordamos que a Defensoria Pública somente tem legitimidade ativa para postular interesses de consumidores necessitados, sob pena de violação de sua função constitucional precípua, que é a defesa daqueles. Desta maneira, somente será legítima se ao menos potencialmente (dada a indeterminação dos consumidores favorecidos) alguns necessitados forem favorecidos pela sentença de procedência dos pedidos da ação coletiva.

Ora, se o legislador tanto se preocupou em cercar os entes colegitimados de requisitos ou condições para o correto exercício do direito de propor ação coletiva, não faria sentido que um ente absolutamente inadequado, por qualquer motivo, fosse considerado perfeito representante da coletividade somente por contar com previsão legal genérica e abstrata.

Segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>212</sup>, embora não haja permissão legal expressa para o controle da representatividade adequada (posto que apesar de o Projeto de Lei Flávio Bierrenbach, resultante dos trabalhos da comissão constituída pela própria, além de Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, ter proposto a positivação expressa da representatividade adequada, isso não constou de qualquer lei, nem mesmo da LACP), por outro lado, não há norma impeditiva, e o sistema brasileiro não é avesso a isso.

Para reforçar seu posicionamento, lembra que em algumas situações de aferição da legitimidade ativa o juiz brasileiro age tal como se estivesse controlando a

---

ATIVA. ART. 82, III, DO CDC. ÓRGÃO TÉCNICO VINCULADO AO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. FATO NOVO SUPERVENIENTE. INCLUSÃO, NO REGIMENTO INTERNO, DE PERMISSÃO PARA ATUAÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS E INTERESSES DOS CONSUMIDORES. FATO NOVO SUPERVENIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 462 DO CPC.

1. Os órgãos que integram a Administração Pública direta ou indireta são legitimados para a defesa dos interesses transindividuais dos consumidores por força da prerrogativa que lhes é conferida pelo art. 82, III, do CDC, que deve sempre receber interpretação extensiva, sistemática e teleológica, de modo a conferir eficácia ao preceito constitucional que impõe ao Estado o ônus de promover, "na forma da lei, a defesa do consumidor." 2. No que concerne à defesa dos interesses transindividuais, o critério para a aferição da legitimidade do agente público não deve ser limitado à exigência de personalidade jurídica ou mesmo ao rigorismo formal que reclama destinação específica do órgão público para a defesa dos interesses tutelados pelo CDC.

3. A noticiada alteração do regimento interno da recorrente, efetuada com o intuito de permitir-lhe a representação, a título coletivo, dos interesses e direitos previstos pelo art. 81 do CDC, faz surgir a necessidade de aplicação do art. 462 do CPC, segundo o qual a decisão deve refletir o estado de fato existente no momento do julgamento. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO." (STJ, REsp 1002813/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/06/2011)

<sup>212</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, vol. 361, mai./jun. 2002, p. 5.

representatividade adequada, como vem ocorrendo em virtude da consolidação da jurisprudência no sentido de o Ministério Público somente ter legitimidade ativa para defender direitos individuais homogêneos nos casos de relevância social daqueles.

Algo semelhante ao controle da representatividade adequada ocorre (no sentido contrário) para autorizar a propositura de ação e beneficiar a coletividade nos casos em que, em princípio, o ente não teria legitimidade. O artigo 82, §1º do CDC prevê justamente essa possibilidade no que se refere à eventual dispensa do requisito de pré-constituição de um ano para associações que proponham ações coletivas quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Exemplo clássico dessa dispensa verificamos nos casos de ações coletivas relacionadas a acidentes de avião, em decorrência do que normalmente se formam associações de passageiros feridos ou de parentes de vítimas, que naturalmente não estavam constituídas, mas nem por isso precisariam aguardar um ano para proporem ação coletiva de indenização contra a companhia aérea.

Nessas situações, precisa o juiz avaliar a legitimidade da associação constituída há menos de um ano, não podendo ser conivente com associações mal preparadas para a defesa dos interesses coletivos. Mas, ao verificar que não é esse o caso, deve suprir o requisito legal de pré-constituição em prol da efetividade do processo e do atendimento ao direito constitucional de proteção ao consumidor. Com efeito, segundo Kazuo Watanabe,

O requisito da pré-constituição foi estabelecido para o fim de coibir os abusos consistentes em constituição *ad hoc*, não raro por razões políticas, de associações para a propositura de certas ações coletivas. Semelhante perigo, porém deixa de existir quando, pela ‘dimensão ou característica do dano’, ou pela ‘relevância do bem jurídico a ser protegido’, avaliação a ser feita no caso concreto, consiga o magistrado detectar ‘manifesto interesse social’ na admissão em juízo de associação constituída há menos de um ano pela sua representatividade e aptidão como órgão veiculador dos interesses transindividuais<sup>213</sup>.

Portanto, não é novidade no direito brasileiro a participação do juiz para verificar a legitimidade ativa, de maneira que entendemos conveniente o controle da

---

<sup>213</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 843.

representatividade adequada do autor da ação coletiva, como uma forma de resguardar os interesses do consumidor vulnerável.

Caso o magistrado perceba que o autor da ação coletiva não tem representatividade adequada para a sua função, poderá, em homenagem ao princípio da efetividade processual, determinar a intimação dos demais órgãos colegitimados para assumirem o controle do processo (pessoalmente, quando possível, tal como no caso do Ministério Público, se esse não for o autor da ação, ou por edital, para conhecimento geral, em virtude da impossibilidade fática de todas as associações de proteção do direito do consumidor serem encontradas e intimadas).

#### **4.2.1.2 Ampla possibilidade de emenda à petição inicial**

Em conformidade ao artigo 284 do CPC, o juiz determinará a emenda da petição inicial no prazo de 10 dias se verificar que aquela não preenche os requisitos exigidos nos artigos 282 (indicação do órgão judicial a que se dirige, informações pessoais do autor e do réu, fatos e fundamentos jurídicos do pedido, pedido com suas especificações, valor da causa, provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados e pedido de citação do réu) e 283 (documentos indispensáveis para a ação) da mesma lei, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito.

Com base no artigo 8º, §2º da LACP, se magistrado juiz tiver sido informado pelo autor da ação coletiva sobre a impossibilidade de acesso a certidões ou informações fundamentais (artigo 8º, *caput* da LACP) em virtude de sigilo, poderá ainda o magistrado requisitar às autoridades competentes os documentos necessários.

Embora esses dispositivos legais se refiram a algumas situações restritas, não vemos sentido para não ser dada ao autor da ação coletiva a oportunidade de suprir outros tipos de vícios, defeitos ou omissões da petição inicial, como a ausência de condições da ação ou de pressupostos de validade ou existência dos processos. Isso decorre da parte final do artigo 284 do CPC, que genericamente alude a outros defeitos ou irregularidades.

O projeto de lei nº 5139/2009 deixa ainda mais clara a possibilidade de o julgador agir dessa forma ao dispor, no seu artigo 9º, que:

Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a

Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

Ademais, à luz do princípio da efetividade processual, o magistrado pode e deve cercar-se de todos os cuidados para aproveitar o instrumento já iniciado em prol dos consumidores. Para tanto, pode inclusive determinar logo *ab initio* a intimação do colegitimado para estender subjetiva ou objetivamente o alcance da demanda.

No primeiro caso (ampliação subjetiva), isso visaria a que classes ou grupos de consumidores não abarcados originalmente na ação possam também usufruí-la, por sofrerem as mesmas ameaças ou danos que o grupo ou classe já protegido. No segundo caso (ampliação objetiva), tutelas não requeridas inicialmente também passariam a ser compreendidas no pedido, por decorrerem dos mesmos fatos (como um pedido condenatório de obrigação de fazer combinado com um outro indenizatório). Quanto a esta última possibilidade, apontaremos no capítulo da fase decisória mais abaixo que o próprio magistrado pode, *ex officio*, conceder uma tutela necessária à proteção dos direitos do consumidor, mesmo sem pedido específico, de forma que não caberia mesmo restringir essa prática pelo próprio autor.

#### 4.2.1.3 Concessão de medidas urgentes

As ações coletivas comportam tanto provimentos cautelares (artigos 4º da LACP e 796 e seguintes do CPC) quanto de antecipação de tutela.

A fim de verificarmos os requisitos de concessão da tutela antecipada em processo coletivo, será necessário considerarmos o provimento final pleiteado. Se esse provimento for executivo *lato sensu*, visando ao reconhecimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, incide no caso o disposto no artigo 84, §3º do CDC<sup>214</sup>, com conteúdo semelhante ao do artigo 461, §3º do CPC, este aplicável também às obrigações de entrega de coisa, por determinação do artigo 461-A, §3º do CPC. Para os demais provimentos jurisdicionais pleiteados, aplica-se o artigo 273 do CPC.

Tal como em medidas cautelares em geral, o §3º dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC não exige o pedido da parte para a obtenção da medida de urgência, mas também não

---

<sup>214</sup> A coincidência entre os requisitos para a concessão da tutela cautelar e aqueles para antecipação da tutela específica foi notada por Luiz Antonio Rizzato Nunes (**Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 441-442). O mesmo doutrinador ainda aponta que a “ineficácia” a que se faz referência no texto legal para o provimento final no caso de não concessão da antecipação de tutela não é necessariamente uma ineficácia total, mas pode se limitar a uma eficácia tardia.



autoriza expressamente a sua concessão de ofício pelo juízo, como faz o §4º dos mesmos dispositivos para a aplicação de multa diária ao réu. Já o artigo 273 do CPC determina que a antecipação de tutela será concedida “a requerimento da parte”.

Ainda assim, defendemos que a antecipação de tutela pode ser concedida sem prévio requerimento do interessado, independentemente do provimento pleiteado. Se os legitimados de que trata o artigo 82 do CDC não têm o poder de dispor dos direitos da coletividade de consumidores, entendemos que não poderia o Poder Judiciário, em casos de extrema urgência, admitir o perecimento do direito somente por conta da ausência do pedido liminar, especialmente se o legislador não vedou a atitude *ex officio* do órgão julgador nos casos do §3º dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC.

Ademais, com a crescente fungibilidade entre medidas de urgência, inclusive positivada no §7º do artigo 273 do CPC, até mesmo a medida antecipatória prevista no artigo 273 do CPC poderia ser deferida de ofício, apesar de o requerimento da parte ter sido mencionado naquele dispositivo legal. Seria excessivo rigor formal que para determinadas medidas de urgência a parte precisasse fazer requerimento, enquanto para outras o juiz prescindisse disso, como se uma das situações de urgência pudesse esperar, mas a outra não.

No entanto, há autorizado posicionamento doutrinário contrário à antecipação de tutela em ação coletiva sem o pedido da parte, como é o caso de Hugo Nigro Mazzilli<sup>215</sup>.

Nesse ponto, entendemos equivocado sob o ponto de vista processual o julgado do STJ nos autos do Recurso Especial 1.178.500<sup>216</sup>, no qual, com base no princípio da demanda, foi cassada a antecipação de tutela concedida sem prévio requerimento do Ministério Público, conforme a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSENTE.

1. Ambas as espécies de tutela - cautelar e antecipada - estão inseridas no gênero das tutelas de urgência, ou seja, no gênero dos provimentos destinados a tutelar situações em que há risco de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional a ser outorgada ao final do processo.
2. Dentre os requisitos exigidos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do art. 273 do CPC, está o requerimento da parte, enquanto que, relativamente às medidas essencialmente cautelares, o juiz está autorizado a agir independentemente do pedido da parte, em situações

<sup>215</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 533.

<sup>216</sup> STJ, REsp 1178500/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 18/12/2012.

excepcionais, exercendo o seu poder geral de cautela (arts. 797 e 798 do CPC).

3. Embora os arts. 84 do CDC e 12 da Lei 7.347/85 não façam expressa referência ao requerimento da parte para a concessão da medida de urgência, isso não significa que, quando ela tenha caráter antecipatório, não devam ser observados os requisitos genéricos exigidos pelo Código de Processo Civil, no seu art. 273. Seja por força do art. 19 da Lei da Ação Civil Pública, seja por força do art. 90 do CDC, naquilo que não contrarie as disposições específicas, o CPC tem aplicação.

4. A possibilidade de o juiz poder determinar, de ofício, medidas que assegurem o resultado prático da tutela, dentre elas a fixação de astreintes (art. 84, §4º, do CDC), não se confunde com a concessão da própria tutela, que depende de pedido da parte, como qualquer outra tutela, de acordo com o princípio da demanda, previsto nos art. 2º e 128 e 262 do CPC.

5. Além de não ter requerido a concessão de liminar, o MP ainda deixou expressamente consignado a sua pretensão no sentido de que a obrigação de fazer somente fosse efetivada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

6. Impossibilidade de concessão de ofício da antecipação de tutela.

7. Recebimento da apelação no efeito suspensivo também em relação à condenação à obrigação de fazer.

8. Recurso especial parcialmente provido.

Observamos que, embora tenha sido reconhecido não haver exigência legal para o pedido da parte com base no artigo 84 do CDC, houve uma interpretação desfavorável à coletividade ao se impor essa necessidade para a antecipação de tutela nas ações de obrigação de fazer. Isso nos parece equivocado, por contribuir com a violação de direitos coletivos e ignorar os benefícios alcançados com as ações coletivas.

A propósito (e como sintoma da necessidade de o magistrado seguir da forma como sugerimos), o artigo 17 do projeto de lei nº 5139/2009 prevê expressamente a possibilidade de antecipação da tutela mesmo sem pedido do autor colegitimado: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida”.

Não nos convenceria do contrário nem mesmo a eventual argumentação de que as decisões antecipatórias de tutela sem requerimento da parte podem ser revertidas ao final. Sabemos que não somente nesses casos, mas também quando estas ou outras medidas de urgência ou execução são tomadas pelo magistrado mediante requerimento da parte, surge a discussão a respeito da responsabilidade sobre o dano causado ao réu de um processo em função do cumprimento de ordem judicial (tal como nas hipóteses dos artigos 811 e 574 do CPC, analogicamente aplicáveis à situação de tutela antecipada) posteriormente revertida.

Por um lado, há quem defenda a inaplicabilidade desses dispositivos ao processo coletivo, dotado de microssistema próprio, como faz Marcus Paulo Queiroz Macêdo<sup>217</sup> “em virtude deste dispositivo normativo [artigo 811 do CPC] não estar consoante ao sistema único coletivo e atentar contra a efetividade dos direitos coletivos.”

Por outro lado, Luiz Manoel Gomes Júnior e Ricardo Alves de Oliveira<sup>218</sup> sustentam que “(...) os legitimados para atuar no pólo ativo das ações coletivas somente podem ser responsabilizados pelos danos causados em decorrência de decisão judicial caso esteja caracterizado o dolo ou a culpa, aplicando o sistema da Lei da Ação Popular.”

Parece-nos que esse último entendimento é o mais correto, pois não faria sentido isentar colegitimados ativos de suas responsabilidades se não agiram diligentemente e de boa-fé. Ademais, a responsabilidade do órgão colegitimado ativo nos demais casos poderia inibir pedidos e/ou a concessão de tutelas de urgência importantes para a proteção do consumidor.

Assim, o magistrado deve antecipar de ofício, em casos excepcionais, a tutela requerida em ações coletivas relacionadas a lides de consumo, como forma de prestigiar o direito fundamental em jogo e, para fazer valer a sua decisão, pode utilizar todas as medidas de apoio previstas no §4º dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC, sobre as quais não se exige requerimento da parte, conforme expresso nessas normas.

#### **4.2.2 Fase saneadora**

Fazemos uma breve ressalva sobre a inclusão da fase saneadora dentre aquelas pelas quais a literatura jurídica classicamente divide o processo. Optamos por incluir a referência a essa fase processual porque nos parece que alguns atos do juiz não se relacionam às postulações feitas pelas partes, por um lado, mas também não se referem integralmente à instrução processual, por outro lado.

No momento de saneamento do processo, o juiz decidirá as questões processuais pendentes, fixará os pontos controvertidos e determinará as provas a serem produzidas.

---

<sup>217</sup> MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. *A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas*. Revista de Processo nº 171, ano 34, mai. 2009, p. 238.

<sup>218</sup> GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel e OLIVEIRA, Ricardo Alves de. *O sistema da responsabilidade civil e os danos processuais nas ações coletivas*. Revista dos Tribunais ano 96, volume 863, set. 2007, p. 55.

#### 4.2.2.1 Questões processuais pendentes

Quanto às questões processuais pendentes, dentre as quais estão eventuais preliminares processuais ou prejudiciais de mérito, inicialmente rememoramos o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, que recomenda ao juiz tomar todas as atitudes necessárias à continuidade do processo coletivo, evitando extingui-lo sem resolução do mérito.

Não se defende que o julgador simplesmente feche os olhos para eventuais ausências de condições da ação ou pressupostos processuais de regularidade formal e desenvolvimento do processo, mas que tente sanear estes problemas tanto quanto possível. Conforme ensina Rodolfo de Camargo Mancuso:

Verdade que, por diversos motivos, a relação processual pode se findar prematuramente, sem deslinde do mérito (CPC, arts, 13, 129, 295, 267), mas, dada a plena acessibilidade à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), esses trancamentos antecipados devem ter-se como excepcionais, devendo-se reconhecer que o processo, em princípio, surge vocacionado a resolver o *meritum causae*, por modo a dirimir a lide (...)<sup>219</sup>.

Assim, já apontamos no capítulo sobre a fase postulatória que, embora o artigo 284 do CPC determine que o juiz permita ao autor de uma ação emendar ou completar sua petição inicial caso não preencha os requisitos dos artigos 282 e 283 do CPC, ou apresente defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento do mérito, especialmente (mas não apenas) nas ações coletivas esse direito merece ser interpretado extensivamente para possibilitar ao magistrado que ordene o saneamento de vícios não listados expressamente, inclusive as condições da ação ou os pressupostos processuais, dado que dificultam o conhecimento do mérito, na forma genericamente referida no artigo.

Se o processo serve para instrumentalizar o direito substancial, tão caro à sociedade nas lides coletivas, realmente o apego à forma não trará benefício a ninguém além daquele que fere os direitos do consumidor. O juiz deve superar formalismos e nulidades sempre que possível, conforme ensina José Roberto dos Santos Bedaque<sup>220</sup>:

---

<sup>219</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2006, p. 421.

<sup>220</sup> Em outra obra (**Direito e processo**. Influência do direito material sobre o processo. 6.ed.revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2011, p. 30), o mesmo processualista refere-se ao doutrinador português Miguel Teixeira de Souza para lembrar: “Para evitar os exageros da técnica, há quem sustente, por exemplo, a possibilidade de o juiz emitir provimento de mérito, ainda que os demais requisitos necessários ao provimento sobre a pretensão apresentada ao juiz visam a salvaguardar interesses das partes no processo. Assim, a falta de um desses pressupostos somente deveria impedir a tutela quando esta não puder ser favorável àquele que o legislador pretendeu proteger pelo requisito ausente”.

Mas se o requisito processual visa à proteção do interesse das partes, ou se o reconhecimento de sua ausência não mais interessar à economia processual, a nulidade ou a impossibilidade de exame do mérito não constituem conseqüências inafastáveis. Necessário examinar a situação concreta à luz de outros valores, todos mais relevantes que o formalismo e a técnica: instrumentalidade da forma, prejuízo para o escopo do ato e economia processual. O sucesso desta proposta depende fundamentalmente do juiz, a quem compete conduzir o processo em conformidade com seus objetivos. O legislador brasileiro confere-lhe uma gama enorme de poderes, inclusive no que se refere à direção do processo. Deve ele utilizá-los com vistas a dotar o instrumento de utilidade...Nessa linha, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório, não se pode permitir que vícios processuais sem relevância porque não impediram fosse alcançado o objetivo do ato e do processo, bem como não causaram prejuízo a qualquer das partes – acabem comprometendo a própria finalidade do instrumento.<sup>221</sup>

Portanto, o mesmo raciocínio utilizado para a fase postulatória serve para o momento do saneamento do processo, cuja atividade judicial, a propósito, pode até confundir-se com aquela da fase postulatória, isto é, o juiz pode avaliar a presença ou ausência de formalidades, tais como pressupostos processuais ou condições da ação, não no início do processo, mas apenas depois de o réu já ter se defendido, abordado esses pontos, e o autor já ter se manifestado a respeito.

Essas questões processuais podem ser apreciadas somente no momento do saneamento do processo. Também aqui defendemos a necessidade de preservar a ação coletiva, com a máxima flexibilidade do magistrado para permitir o saneamento dos vícios eventualmente constantes da ação coletiva, mesmo se não percebidos *ab initio* pelo julgador.

#### 4.2.2.2 Inversão do ônus da prova

Quanto à determinação das provas a serem produzidas, entendemos ser esse o momento no qual, além de apontá-las, também se deve indicar sobre quem recairá o ônus de comprovar os fatos controvertidos, podendo o magistrado invertê-lo à luz do artigo 6º, VIII do CDC, mesmo em processos coletivos, o que tem sido prestigiado pela jurisprudência, inclusive a do STJ<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108-109.

<sup>222</sup> Não nos parece caber a discussão sobre inversão do ônus da prova em mandados de segurança coletivos, tendo em vista que necessitam de prova pré-constituída, em função do requisito do direito líquido e certo previsto no artigo 5º, LXIX da Constituição da República. Com relação aos demais procedimentos, vide, exemplificativamente, os seguintes julgados: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO

Muito já se discutiu se a inversão do ônus da prova seria uma regra de procedimento ou julgamento e, conseqüentemente, se deveria ser informada às partes no curso do processo ou seria plenamente admissível que somente na sentença o magistrado divulgasse sua intenção aos litigantes.

Assim, por um lado, João Batista de Almeida<sup>223</sup>, Swarai Cervone de Oliveira<sup>224</sup>, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. defendem não poder haver surpresa à parte, devendo ser realizada antes da fase instrutória (e, portanto, a nosso ver, na fase de saneamento do processo em questão), conforme o entendimento dos dois últimos doutrinadores, que explicam tratar-se de regra de procedimento ou atividade:

---

ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA A FAVOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. TUTELA DE DIREITOS E DE SEUS TITULARES, E NÃO PROPRIAMENTE DAS PARTES DA AÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça.

2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos arts. 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omissivo, e 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado.

3. Em primeiro lugar, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes.

5. Recurso especial não provido." (STJ, REsp 1253672/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/08/2011, DJe 09/08/2011)

"CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. LEGALIDADE. ART. 557 DO CPC. POSSIBILIDADE DE AGRAVO INTERNO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE.

1. Não há óbice a que seja invertido o ônus da prova em ação coletiva - providência que, em realidade, beneficia a coletividade consumidora -, ainda que se cuide de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

2. Deveras, "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas" - a qual deverá sempre ser facilitada, por exemplo, com a inversão do ônus da prova - "poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo" (art. 81 do CDC).

3. Recurso especial improvido." (STJ - REsp 951.785/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 18/02/2011)

<sup>223</sup> ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

<sup>224</sup> "Não obstante a aplicação da regra só vir a cabo no momento da sentença, é na fase saneadora que o juiz, em diálogo com as partes, estabelecerá os contornos do litígio, fixará os pontos controvertidos e quais as provas a produzir. Nada melhor, assim, que, nesse momento de intensa participação de todas as personagens do processo, fique bem claro o que se deve provar e de quem é o interesse na produção da prova. Em outras palavras, quem será o prejudicado na hipótese de desídia". (OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 84).

É importante frisar, ainda, que essa repartição casuística e dinâmica do ônus da prova deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo da parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova, como já salientado no estudo da inversão do ônus da prova. Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.<sup>225</sup>

Por outro lado, entendem ser essa uma regra de julgamento, sujeita à exposição somente na sentença, dentre outros, Kazuo Watanabe<sup>226</sup> e José Roberto dos Santos Bedaque<sup>227</sup>, que inclusive alterou o seu entendimento sobre o tema, nos seguintes termos:

O Código de Defesa do Consumidor permite ao juiz, a fim de facilitar a defesa dos direitos do autor, a inversão desse ônus, desde que os fatos alegados sejam verossímeis ou esteja caracterizada a hipossuficiência. Tal inversão, conforme se pode verificar, é determinada pelo juiz, se entender presente uma das hipóteses que a autorizam (verossimilhança ou hipossuficiência). Como observei linhas atrás, nas edições anteriores sustentei a conveniência de a inversão, por configurar exceção no sistema, ser previamente anunciada pelo juiz antes do encerramento da fase postulatória, visando a assegurar o devido processo legal e a igualdade das partes no processo. Deveria ele informar as partes sobre o critério a ser adotado, diante de eventual deficiência do conjunto probatório. Alterei parcialmente esse entendimento. Como distribuição do ônus da prova constitui regra de julgamento, somente nessa oportunidade o juiz irá preocupar-se com esse problema, assim mesmo se os fatos relevantes para a decisão não estiverem provados. Como a possibilidade de inversão está prevista em lei, nenhuma das partes será surpreendida pela adoção de um ou outro critério.

Nesse embate, parece-nos ter a 2ª Seção do STJ acertadamente pacificado o entendimento até então divergente entre a 4ª Turma (regra de procedimento que deve ser informada às partes previamente à sentença, conferindo-lhes direito de ampla defesa) e a 3ª Turma (regra de julgamento apontada como questão preliminar diretamente na sentença). Decidiu a 2ª Seção que, embora admissível a inversão do ônus da prova, inclusive como regra de julgamento, deve ser essa intenção do juiz previamente informada às partes, garantindo ao

<sup>225</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo**. v.4 7.ed, Salvador: Jus Podium, 2012, p. 332-333.

<sup>226</sup> “Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova...é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são *regras de juízo*, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória”. (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 814-815).

<sup>227</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo** – influência do direito material sobre o processo. 6.ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57-58.

fornecedor de produtos ou serviços sua mais ampla defesa. Nesse sentido, apresentamos a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.” (STJ, REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

Conforme imaginávamos, o julgamento não foi unânime e contou com extensos votos-vista vencidos como o do Ministro Sidnei Benetti<sup>228</sup>, que apelou a argumentos

<sup>228</sup> “A opção por essa segunda orientação retarda significativamente o desfecho dos processos, dada a criação de incidentes e recursos sobre a decisão interlocutória de inversão, para, só depois de julgados todos os recursos, permitir-se a prolação da sentença. Leva, pois, à consequência da provocação de enorme quantidade de incidentes processuais nos processos em andamento em primeiro grau e nos Tribunais. E faz antever a anulação de expressivo número de sentenças e acórdãos já proferidos.

4.- Nada impede, antes, ao contrário, tudo aconselha, que o exame da inversão e a decisão fundamentada a seu respeito dê-se na própria sentença (desencadeando a recorribilidade única, por intermédio da apelação) e não em decisão interlocutória antecedente, para que, somente depois de operada a sua preclusão pelo esgotamento dos recursos interponíveis, se profira a sentença (repita-se: desencadeando-se dupla recorribilidade, a do agravo de instrumento quanto à decisão interlocutória relativa à inversão do ônus da prova e a da apelação, posteriormente, quando da sentença).

O ensejo à inevitável dupla recorribilidade, aliás, abre ensejo a desnecessária hecatombe judiciária, por operar o milagre, pelo avesso, da geração de duas hipóteses recursais no mesmo processo (o agravo contra a decisão interlocutória e a apelação contra a sentença), em vez de uma (a apelação contra a sentença).

A fragmentação do procedimento, um dos principais males que afligem o sistema processual brasileiro na atualidade, cria um momento interlocutório paralisante da fluidez do processo e gera obrigatório e enorme atraso na prolação da sentença, que tem de aguardar a prévia definição a respeito dos recursos relativos à decisão



de efetividade e duração razoável do processo pelo fato de recursos contra a decisão que expõe a pretensão de inversão do ônus da prova poderem retardar o andamento do processo.

Como contraponto a essa argumentação, entendemos que o julgamento de nulidades pela inversão da prova surpresa poderia causar o mesmo efeito de gerar novos recursos e retardar o provimento jurisdicional efetivo, tal como o fez no caso concreto do acórdão comentado. A condenação do fornecedor se deu pela regra de distribuição do ônus da prova mediante inversão sem prévio aviso, o que causou prejuízo à parte que havia desistido de produzir provas sem saber que isso poderia causar gravames.

As partes de uma relação de consumo, embora saibam da possibilidade de inversão do ônus da prova, não podem ser forçadas, a nosso ver, a litigar sob a insegurança a respeito de a quem recairá este ônus. A regra geral nos processos cíveis, inclusive aqueles decorrentes de ações coletivas, é a da distribuição estática do ônus da prova prevista no artigo 333 do CPC.

A inversão do ônus da prova *ope judicis* com base no artigo 6º, VIII do CDC, é uma exceção, e como tal deve ser tratada.

interlocutória de inversão do ônus da prova para, com a subida do agravo a todas as instâncias possíveis, criando para o acionado ensejo a um verdadeiro paraíso procrastinatório à só manifestação recursal impeditiva do prosseguimento do processo.

5.- Ademais, a inversão do ônus da prova em momento que não seja o da sentença de 1º Grau, além de obrigar o Juízo a desvendar prematuramente o pensamento de parte do mérito (ou seja, de a relação jurídica *sub judice* ser, realmente, de consumo) – o que, a rigor, deveria levar a afastamento do julgador do feito, dada a antecipação de apreensão do mérito – a inversão prematura, repita-se, antagoniza-se com o próprio princípio da liberdade na formação da convicção do julgador sentenciante (que poderá ser outro Juiz), pois estará, o Juízo, na sentença, obrigado a julgar com a vontade jurisdicional “engessada” pela inversão, não podendo atender a outros elementos surgidos na prova, posteriormente à decisão interlocutória da inversão.

A apreciação da prova, uma das questões mais diretamente ligadas à intimidade psicológica do julgador, jamais deve ser cerceada antes do momento processual para ela reservado, que é o da sentença, pena de se frustrar a própria liberdade de convicção.

6.- Todo sistema processual efetivo na desejada celeridade, clamada por todos os povos às voltas com a paralisia judiciária prioriza a concentração da causa no momento da sentença, que, na realidade judiciária, significa, efetivamente, o único momento em que o juiz possui realmente condições de realizar aprofundado exame de toda a controvérsia trazida aos autos e, portanto, julgar com segurança, sopesando as posições das partes, os fatos subjacentes e o Direito aplicável.

É irreal imaginar que o magistrado, antes do encerramento da instrução, momento único em que se opera a concentração de todos os elementos dos, ao encerramento da colheita das provas, possa proferir segura decisão antecipatória da forma pela qual sopesa as provas, para a inversão ou não de seu ônus, condicionando o julgamento do mérito sem que tenha, ainda, chegado o momento processual do julgamento do mérito, o qual, esse momento, sempre tem que ser o momento do último ato que o julgador pratique no processo, ou seja, o da sentença, em que exaure a atividade jurisdicional de sua competência, abrindo ensejo ao recurso, que deve também concentrar tudo o que seja alegável, inclusive a arguição de eventual errônea na realização da inversão, ou não, do ônus da prova por aplicação do dispositivo do Cód. de Defesa do Consumidor (CDC, art. 6º, VIII).

7.- Como se vê, a exigência de decisão prévia, fragmentando o procedimento e abrindo ensejo ao recurso de agravo inicial, a alongar-se, depois, em recorribilidade interna e aos Tribunais Superiores, poderá ter o efeito de ferir de morte a regra do art. 6º, VIII, do Cód. de Defesa do Consumidor, logo a ver-se como geradora de cizânia interlocutória infundável, a perenizar os processos e a frustrar o direito das partes a verem o seu fim com brevidade. Sairá prejudicado o consumidor, ou pela nulificação prática da norma, ou pelo alongamento dos incidentes processuais e seus recursos.”

Vejamos: o legislador não impôs ao fornecedor, em situações gerais, o ônus de provar que não estão constituídos os fatos alegados na petição inicial da ação coletiva. Essa inversão *ope legis* recai apenas em algumas situações específicas, tratadas nos artigos 12, §3º, II, 14, §3º, I e 38 do CDC<sup>229</sup>. Assim, não há como cobrar do fornecedor, no processo movido pelo órgão colegitimado para a proteção dos direitos coletivos do consumidor, uma postura diferente daquela esperada de quem ocupa o polo passivo do processo. É fundamental alertá-lo sobre a intenção de alterar a ordem do instituto antes de lhe ser dada a oportunidade de produzir provas.

Entendemos que a legislação sobre direito material do consumidor e ações coletivas relacionadas a lides de consumo não visa a desequilibrar a relação entre consumidor e fornecedor a favor do primeiro, ou abalar a paridade de armas para litigarem, mas equiparar as partes material e formalmente. Também apontamos que o julgador das ações coletivas deve buscar a verdade real dos fatos.

Sob essas premissas, deixar de avisar o fornecedor sobre a inversão do ônus da prova ainda na fase saneadora do processo equivale a colocá-lo em indevida posição mais frágil no processo, e pode levar a que a falta de provas produzidas pelo fornecedor que desconhece o ônus a ele imputado no caso concreto, na verdade, induza a um julgamento injusto, porque eventuais fatos irreais alegados pelo autor colegitimado para a ação coletiva podem ser julgados verdadeiros e levar o magistrado a erro.

Por pensarmos ser nesse momento de saneamento do processo que o magistrado deva decidir inverter o ônus da prova, discorreremos neste capítulo sobre os requisitos para tal conduta, embora ela também se refira à fase instrutória, referida no capítulo seguinte desta dissertação.

Em razão do princípio da isonomia, uma das principais preocupações do legislador foi justamente a previsão da inversão do ônus da prova quando, na forma do artigo

---

<sup>229</sup> Leonardo de Medeiros Garcia, embora cite esses dispositivos do CDC como exemplos de inversão do ônus da prova *ope legis*, lembra que, “tecnicamente, não há inversão do ônus da prova, uma vez que, desde o princípio, é a lei que institui a quem caberá o encargo probatório de determinado fato. Quando se diz inversão *ope legis*, entenda-se que houve mudança do encargo probatório distribuído pela regra geral (art. 333 do CPC). Assim, embora pela regra geral do art. 333 do CPC, o autor deva provar o defeito do produto ou serviço, o dano sofrido e o nexo causal entre ambos, o CDC, no §3º, II, do art. 12 e §3º, I, do art. 14, atribui ao fornecedor o ônus de provar que não existe defeito no produto e serviço. Nesse sentido, o defeito é presumido, bastando o consumidor demonstrar o dano e o nexo causal com o produto e o serviço adquiridos. Na publicidade, também se encontra outra forma de inversão do ônus da prova *ope legis*. O art. 38 do CDC atribui àquele que patrocina a publicidade o ônus de provar a veracidade das informações veiculadas. No sistema tradicional, o ônus seria do autor, por ser fato constitutivo do seu direito...” (GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 5.ed. revista, ampliada e atualizada pelas Leis nºs 11.785/2008 e 11.800/2008, que alteraram os arts. 33 e 54 do CDC. Niterói: Impetus, 2009, p. 74-75).

6º, VIII do CDC, “a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. Para garantir a efetividade da norma, o artigo 51, VI, do CDC, considera nula de pleno direito a cláusula contratual que estabelecer a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

Vemos, portanto, que o primeiro dispositivo legal acima apontado menciona dois requisitos: verossimilhança ou hipossuficiência. A redação da Lei leva ao entendimento de que não se trata de requisitos cumulativos, mas alternativos. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques<sup>230</sup>: “Nota-se que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso.”

Nada obstante sejam comumente tratados como sinônimos, os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor (este último mencionado no dispositivo referente à inversão do ônus da prova) têm sido distinguidos pela doutrina, como ensina Roberto Senise Lisboa:

Não se confunde a vulnerabilidade, entretanto, com a hipossuficiência, de vez que aquela se restringe à relação jurídica de consumo em si, enquanto esta compreende, ainda, a análise sócio-econômica das partes inseridas no mercado de consumo. Tanto é assim que a vulnerabilidade do consumidor sempre incide nas relações de consumo, mas a hipossuficiência não, pois a inversão do ônus da prova poderá suceder no caso de o juiz considerar o destinatário final de produtos e serviços hipossuficiente. Portanto, nem sempre o consumidor é hipossuficiente; sempre será, porém, vulnerável.<sup>231</sup>

É possível afirmar ser a vulnerabilidade um conceito de direito material e geral<sup>232</sup>, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, que revela a dificuldade de litigar em igualdade de armas, tanto econômicas quanto técnicas.

Assim, a relação de consumo pressupõe vulnerabilidade, mas não hipossuficiência<sup>233</sup>, a qual, se vislumbrada, inclusive confere ao consumidor privilégio de exceção à regra do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil. A vulnerabilidade é um

<sup>230</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 183.

<sup>231</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2.ed.revista e atualizada. São Paulo: RT, 2000, p. 300.

<sup>232</sup> James Marins, ainda tratando do tema, esclarece que “a vulnerabilidade do consumidor é incindível do contexto das relações de consumo e independe de seu grau cultural ou econômico”, de tal sorte que a vulnerabilidade “é qualidade intrínseca, ingênita, peculiar, imanente e indissociável de todos que se colocam na posição de consumidor, em face do conceito legal” (MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993, p. 38-39).

<sup>233</sup> Isabella Vieira Machado Henriques, em dissertação sobre publicidade abusiva contra crianças e adolescentes, defende que estes serão sempre tidos por hipossuficientes perante fornecedores anunciantes, devido à natureza de sua condição de pessoa em formação. (HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141).

traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos, enquanto a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns ou a uma coletividade, mas nunca a todos os consumidores<sup>234</sup>.

Em relação ao segundo requisito para a inversão do ônus da prova, da verossimilhança, vale apontar o conceito dado por De Plácido e Silva<sup>235</sup>:

De verossímil (plausível), entende-se a plausibilidade, a probabilidade de ser. A verossimilhança resulta das circunstâncias que apontam certo fato, ou certa coisa, como possível, ou como real, mesmo que não se tenham deles provas diretas. No entanto, conforme é assente na jurisprudência, sendo a verossimilhança uma questão de fato, não se podem sobre ela estabelecer regras doutrinárias. Deve, portanto, ser deixada ao prudente arbítrio do juiz, que a resolverá segundo as circunstâncias que cercam cada caso, diante do exame das relações existentes entre as provas feitas e os fatos que se pretendem provar...

É importante reiterarmos que a inversão do ônus da prova é medida excepcional, portanto, não é em todas as lides relativas a consumo nas quais isso ocorre. Por conta disso, o legislador incumbiu o juiz de verificar a necessidade da medida pela presença dos requisitos. Isso se infere até mesmo do conceito de verossimilhança apontado.

Conforme ensina Humberto Theodoro Júnior, ora recorrendo à doutrina de Barbosa Moreira, o juiz não pode simplesmente inverter o ônus da prova sem apontar os fundamentos de sua decisão, não se considerando fundamentada a decisão que meramente repetir a disposição legal, afirmando genericamente a presença dos requisitos. Vejamos:

Se se trata de medida de exceção, subordinada a pressupostos expressamente elencados na lei, sua adoção in concreto somente pode ocorrer mediante decisão interlocutória em que o magistrado assente sua deliberação. Como toda decisão judicial tem de ser fundamentada, por exigência constitucional (CF, art. 93, IX), há o juiz, ao deliberar pela inversão do ônus da prova, de demonstrar a presença, no caso sub examine, de alegações verossímeis ou de hipossuficiência do consumidor<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Conforme exemplos dados por Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, que também qualifica os consumidores hipossuficientes como aqueles “ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”. (GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 381-382).

<sup>235</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 862.

<sup>236</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 135.

Com efeito, não devemos imaginar que o juiz poderá cingir-se a repetir, ritualisticamente, as palavras da lei, para justificar o ato de inversão. De nada valerá a garantia constitucional e legal (CF, art. 93, IX, e CPC, art. 165, 2ª parte) se for reputada válida decisão em que o julgador se limite a dizer, por exemplo, que é ‘verossímil a alegação do consumidor’, ou que ‘é o consumidor hipossuficiente’: ao contrário, deverá ele, de forma obrigatória, aludir aos elementos de convicção que o levaram a enxergar verossimilhança na versão apresentada pelo consumidor, ou dos quais extraiu a sua hipossuficiência”.

Portanto, e até mesmo para possibilitar ao réu a ampla defesa mediante a interposição dos recursos cabíveis contra a decisão de inversão do ônus da prova, esta deve ser o mais fundamentada possível, não podendo o magistrado negar a medida se estiverem presentes os requisitos e nem autorizá-la, caso ausentes.

### 4.2.3 Fase instrutória

#### 4.2.3.1 Profunda busca de provas pelo magistrado

Iniciamos este capítulo com uma ressalva. Não defendemos que a atividade judicial instrutória proativa ocorra em favor do colegitimado ativo que busca defender os direitos do consumidor. Da mesma forma, não entendemos deva o juiz buscar evidências de que o fornecedor não praticou ilegalidades apontadas na ação coletiva.

Pensamos que o juiz deve, isso sim, procurar se cercar de todos os cuidados para que a prova direcionada ao processo – portanto, não a qualquer das partes – seja a mais elucidativa possível, independentemente de quem dela se beneficiará. Naturalmente, pelo fato de os consumidores serem presumivelmente vulneráveis perante o fornecedor, na maior parte das vezes supõe-se que a atividade instrutória proativa do magistrado poderá beneficiar a coletividade cujos interesses são tutelados na ação, no sentido de possibilitar o acesso à instrução. No entanto, o resultado da prova produzida *ex officio* não pode ser antevisto, e isso ratifica a isonomia da prática, conforme também ensina Patricia Miranda Pizzol<sup>237</sup>.

Defendemos essa postura judicial por acreditarmos que no processo civil (especialmente nas ações coletivas, tão fundamentais ao acesso dos consumidores à justiça efetiva), tal como no penal, a verdade buscada pelo processo deve ser a verdade real, pela

---

<sup>237</sup> “Il giudice ha quelli che noi chiamamo poteri istruttori. Il giudice non diventa parziale a causa dell'utilizzazione dei poteri istruttori, perché egli non sa quale sarà il risultato della realizzazione della prova (ad esempio, una perizia)” (PIZZOL, Patricia Miranda. I poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano. In: **Davanti al giudice** – studi sul processo societario. LANFRESCHI, Lucio e CARRATTA, Antonio (cura). Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p.603).

qual realmente se atinge efetividade processual, e não aquela meramente formal à qual a maior parte dos processualistas e magistrados antigamente costumava se apegar.

É na fase instrutória dos processos coletivos que o juiz parece ganhar a sua maior maleabilidade para direcionar o procedimento a um caminho seguro para aprofundar as evidências das alegações das partes e chegar a essa verdade real. Isto porque, diferentemente de outras posturas que adotamos nesta dissertação, acreditamos que a esse respeito o magistrado possui autorização (ou dever) legal expressa para agir independentemente da vontade da parte e como julgar necessário, conforme o artigo 130 do Código de Processo Civil, segundo o qual: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Corroborando essa esperada proatividade do juiz na determinação e realização das provas necessárias, o CPC prevê, dentre outras atividades, (1) no artigo 418, a possibilidade de o magistrado, de ofício, ordenar a inquirição de testemunhas referidas nas alegações das partes ou de outras testemunhas, ou ainda determinar a acareação entre duas testemunhas ou de uma delas com a parte; (2) no artigo 440, a inspeção judicial igualmente *ex officio*; (3) no artigo 420, corroborando a confiança depositada pelo legislador na atividade judicial para delimitar a extensão das provas, a permissão para o magistrado indeferir prova pericial julgada desnecessária; e (4) no artigo 426, a formulação de quesitos entendidos necessários ao esclarecimento da causa.

Se o CPC, aplicável subsidiariamente às ações coletivas, desestimula a assunção da função de mero espectador pelo juiz e admite a determinação de produção de provas por ele independentemente do requerimento das partes<sup>238</sup>, realmente não há qualquer impedimento à busca de uma verdade mais próxima possível da realidade.

Mesmo na doutrina clássica é possível encontrar defensores de postura mais consciente e participativa do juiz na instrução do processo. Nesse sentido, Chiovenda, embora bastante afeito ao princípio dispositivo em sua tradicional concepção de limitar a atuação judicial espontânea, já reconhecia o avanço do entendimento de que o juiz pode ter postura mais participativa na produção da prova:

La prevalenza del principio dispositivo sulla iniziativa del giudice nella formazione delle prove, cioè nell'accertamento della verità dei fatti, si fonda

---

<sup>238</sup> Não há lei sobre processos coletivos em vigor que expressamente autorize a busca de provas de ofício pelo juiz, mas o PLS 282/2012 prevê a inclusão de regra específica nesse sentido no artigo 90-D, VII, do CDC.

in parte anche qui, come nel campo della scelta dei fatti da accertare, sulla natura della lite civile e degli interessi che abitualmente vi si agitano: nessuno è miglior giudice della parte circa le prove di cui può disporre, circa i suoi interessi individuali. Tuttavia non si può disconoscere che l'atteggiamento passivo del giudice nella formazione delle prove può apparire meno giustificato che nella scelta dei fatti poichè, fissati i fatti da accertare, il modo di accertarli non può dipendere dalla volontà delle parti, una sola essendo la verità. Si aggiunge che l'atteggiamento passivo del giudice si connette anche indiscutibilmente alle forme del processo scritto. Onde s'intende che nelle leggi moderne, particolarmente in quelle che hanno attuato più largamente l'oralità, va determinandosi una reazione contro il principio dispositivo, a favore dell'iniziativa del giudice.<sup>239</sup>

Igualmente, José Almagro Nosete<sup>240</sup>, mesmo considerando o princípio dispositivo como a “alma” do processo civil, já há bastante tempo argumentava:

Por supuesto que hoy nadie duda de la conveniencia de establecer efugios que permitan al juez en el orden de los hechos, solicitar las aclaraciones o precisiones acerca de los mismos o de lo pedido, necesarias para su cabal conocimiento de éstos, y en el orden de las pruebas, autorizarle para que de oficio pueda ordenar la práctica de aquellas que considere atinentes a la mejor obtención de la verdad, base de su convencimiento, mejorando el actual sistema de diligencias para mejor proveer.

Realmente, a resistência a isso demonstra o ranço da tradição, da época das Ordenações, em que, segundo José Roberto dos Santos Bedaque<sup>241</sup>, o juiz deveria julgar “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e saiba ele a verdade ser em contrário do que no feito for provado”. Nas lides – inclusive naquelas coletivas – relacionadas a direito do consumidor, o juiz ainda tem o poder de inverter o ônus da prova para descobrir a verdade real, conforme já apontamos com relação à fase postulatória do processo. E não há mesmo motivos para o magistrado negligenciar a possibilidade de exaurir provas visando à efetividade do processo de maneira justa.

João Batista Lopes já esclareceu que a direção material do processo pelo juiz e a paridade de armas são ideias afins quando se busca a efetividade da tutela jurisdicional. Embora defenda que o magistrado não pode auxiliar a parte mais fraca e praticar assistencialismo judicial, ressalva a necessidade de uma postura diferenciada quando se tratar de ações sobre direitos indisponíveis (exemplificados como os direitos de um menor), em que

<sup>239</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile** – Le azione. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, p.732.

<sup>240</sup> NOSETE, José Almagro. Garantías constitucionales del proceso civil. In: RAMOS, Francisco (edición). **Para un proceso civil eficaz**. Barcelona: Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, p.11-12.

<sup>241</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994, p.57.

“não se afigura razoável(...) o mero apego ao princípio dispositivo, razão por que o juiz deverá exercer seus poderes instrutórios, determinando diligências para apuração dos fatos”<sup>242</sup>. Vê-se, pois, não existir esse rigor absoluto ao princípio da inércia do juiz, como indicaremos em maior detalhe no capítulo seguinte, sobre a fase decisória do processo.

Realmente, a prática do direito processual não poderia levar a conclusão diferente, na linha do que tem sido admitido pela jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE.

- Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

- Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 1012306/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 07/05/2009)

DESAPROPRIAÇÃO. APRECIACÃO DO LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA NA VALORAÇÃO DA PROVA. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAME DO RECURSO ESPECIAL A TEOR DA SÚMULA N.º 07/STJ. ART. 130, DO CPC. APRECIACÃO DA PROVA.

1. Ausência de valoração da prova impeditiva da análise pelo STJ do malferimento dos dispositivos legais invocados. Prejudicial ao exame do recurso especial.

2. O art. 130, do CPC, é aplicável a todas as instâncias por isso que ao STJ é lícito, antes da análise à violação da lei, determinar a baixa dos autos à instância de origem para que valore a prova produzida, prejudicial à análise do *meritum causae* porquanto à Corte está interdita a análise do contexto fático-probatório.

3. "(...) O Código de Processo Civil, atento aos reclamos da modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, “caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias” Dessume-se, do dispositivo citado, que esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do statu

---

<sup>242</sup> LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p.266.



quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória.(...)"(Luiz Fux, in "Curso de Direito Processual Civil" Forense, 2001).

4. Não obstante, em respeito à função uniformizadora desta E. Corte, acompanho o posicionamento das Turmas de Direito Público, ressalvado o meu entendimento no sentido da possibilidade da determinação ex officio do retorno dos autos à instância de origem para que valere a prova produzida.

5. Os critérios para fixação do quantum indenizatório estão adstritos às instâncias ordinárias, ante a necessária análise do conjunto fático-probatório (Súmula 07/STJ), insindicável por esta Corte. Precedentes das Turmas de Direito Público.

6. Recurso especial não conhecido, com ressalva do relator. (STJ, REsp 540179/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2003, DJ 14/06/2004, p. 170)

O voto condutor do segundo julgado esclarece a intimidade entre a busca da verdade real pelo exercício do ativismo judicial e a efetividade do processo a ser igualmente perseguida pelo julgador:

De tudo quanto foi exposto, revela-se evidente que, à luz do moderno Direito Processual Civil, prestigia-se o ativismo judicial a fim de se alcançar a efetivação da justiça, por isso que incumbia ao Tribunal de origem, uma vez verificada a divergência na valoração da prova pericial, determinar a realização de nova perícia ou requerer esclarecimentos ao vistor oficial.

Nessa mesma linha, em obra específica sobre a atuação do juiz nas ações coletivas, posiciona-se Swarai Cervone de Almeida, após recriminar a postura passiva do juiz na fase instrutória, indiferente ao andamento da produção das provas pelas partes, e lembrar que o interesse público exige o esclarecimento dos fatos levados a juízo, devendo ser suprida qualquer debilidade na produção de provas sem que isso afete a imparcialidade do magistrado:

Não há qualquer risco à imparcialidade do juiz nesse tipo de conduta. Em primeiro lugar, porque os processos coletivos se afeiçoam à imagem de um processo civil objetivo, onde a vontade das partes – subjetividade – se localiza em plano inferior e a atuação da vontade concreta da lei é de muito maior relevância. Em segundo lugar, porque, como enfatizado pela doutrina mais conceituada, imparcialidade não se confunde com passividade, imobilidade. Ser imparcial não significa ser passivo, mas sim, analisar as provas de forma não tendenciosa, sem a intenção de beneficiar uma ou outra parte...mesmo porque, antes de produzida a prova, não se sabe qual será o

resultado atingido. Ademais, a submissão da prova ao contraditório legitima a atuação do juiz, pois garante a participação das partes no processo.<sup>243</sup>

Para aqueles que eventualmente suscitassem que essa postura proativa do juiz na busca de provas para o processo coletivo implicaria parcialidade daquele, lembramos que o Código de Ética da Magistratura Nacional<sup>244</sup>, no seu artigo 8º, dispõe que o magistrado imparcial é aquele que “busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.”

Ora, quando o magistrado se preocupa com as provas que o levarão a proferir determinada decisão, conforme já expusemos acima, isso não se trata de favoritismo a uma ou outra parte, mas justamente de busca da verdade envolvendo os fatos, para se assegurar de que o equilíbrio da relação de consumo, tão relevante para o legislador e para o mercado, não ficará relegado por ausência de evidências processuais.

Isso seria impensável, dado que a efetividade do processo implica colocar quem tem determinado direito ameaçado ou violado exatamente na posição em que estaria caso tal direito tivesse sido respeitado sem a necessidade de um processo judicial, e não ao contrário, ou seja, o processo não pode se prestar a encampar uma situação de desrespeito ao direito do consumidor ou de benefício excessivo a este. A atitude do juiz na busca de provas somente favorecerá o consumidor se este realmente estiver sendo lesado, porque, esclarecida a verdade (que o juiz desconhece), por exemplo, não será equivocadamente condenado o fornecedor se este age corretamente, embora as provas originalmente apresentadas nos autos não deixassem isso claro.

Portanto, o magistrado, ao buscar objetivamente as provas (não para condenar o fornecedor, mas para se certificar de que este respeitou o direito do consumidor), não estará sendo parcial, mas cauteloso, o que beneficia até mesmo o fornecedor, que terá todas as oportunidades de demonstrar a sua conduta zelosa perante os consumidores, e não deverá temer pela profunda instrução processual.

---

<sup>243</sup> OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85-86.

<sup>244</sup> Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 6.8. 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337.

#### 4.2.3.2 Inversão do ônus econômico da prova

Conforme indicamos, as ações coletivas relacionadas a direito do consumidor admitem a inversão do ônus da prova, o que entendemos deva ser informado pelo juiz ao proferir a sua decisão saneadora. Nesses casos, o réu da ação coletiva deverá não apenas constituir a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito coletivo alegado na sua defesa, mas também demonstrar que não se sustentam os fatos abordados na petição inicial.

Consequentemente, terá o réu a responsabilidade pelos custos de produção da prova, como, por exemplo, os honorários periciais. Se não pagar esses valores, a prova não será produzida e o réu sofrerá os efeitos de não ter se desincumbido do ônus, inclusive o de que os fatos alegados pelo autor sejam considerados verdadeiros, conforme decidiu o STJ até mesmo em ações individuais relacionadas a lides de consumo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EXTENSÃO. HONORÁRIOS PERICIAIS. PAGAMENTO. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA.

1. Tratam os autos de agravo de instrumento interposto por LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A contra decisão proferida pelo juízo de primeiro grau que deferiu a inversão do ônus da prova em favor da autora FRANCISCA NERIS DE SOUZA, abrangendo, inclusive, o pagamento de honorários periciais. O relator do agravo, monocraticamente, deu-lhe provimento, entendendo que o ônus da prova e sua inversão nada têm a ver com o ônus de adiantar o pagamento da remuneração do perito. Fundamentou sua decisão no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no Enunciado nº 10 do TJRJ, bem como nos arts. 19 e 33 do CPC, ao concluir que, no caso em tela, a remuneração do perito deve ser suportada pela parte autora, visto que a realização da prova pericial decorreu da determinação, de ofício, pelo juiz, observando-se as disposições concernentes à gratuidade de justiça.

Irresignada, a autora interpôs agravo interno, ao qual o TJRJ negou provimento. Em sede de recurso especial fundamentado nas alíneas "a" e "c", sustenta a autora, além de dissídio pretoriano, ofensa aos arts. 6º do CDC e 19 e 33 do CPC. Defende a recorrente que: a) a inversão do ônus da prova deve ser plena, a teor do que dispõe o art. 6º, VIII, do CDC, inclusive no que se refere ao aspecto financeiro, a fim de facilitar a defesa do consumidor; b) deve ser afastada a aplicação dos arts. 19 e 33, ambos do CPC, porquanto se trata de relação de consumo, e que tais dispositivos chocam-se com a aplicação plena do Código de Defesa do Consumidor; c) não deve suportar o ônus de adiantar os honorários periciais, máxime por ser beneficiária da Justiça Gratuita, pois assim sendo, arcaria com prejuízos para a sua adequada defesa. Contra-razões apresentadas pleiteando a manutenção do aresto atacado.

2. Esta Corte já decidiu que a "regra probatória, quando a demanda versa sobre relação de consumo, é a da inversão do respectivo ônus. Daí não se

segue que o réu esteja obrigado a antecipar os honorários do perito; efetivamente não está, mas, se não o fizer, presumir-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor" (REsp nº 466.604/RJ, Relator o Ministro Ari Pargendler, DJ de 2/6/03). No mesmo sentido, o REsp nº 443.208/RJ, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/3/03, destacou que a "inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor. No entanto, sofre as conseqüências processuais advindas de sua não produção". Igualmente, assim se decidiu no REsp nº 579.944/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17/12/04, no REsp nº 435.155/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/3/03 e no REsp nº 402.399/RJ, Relator o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 18/4/05.

3. No caso concreto, configurada a hipossuficiência do consumidor, inclusive com o reconhecimento do benefício de assistência judiciária gratuita em seu favor, e sendo imprescindível a produção de prova pericial para a solução da lide segundo o juízo que a designou, de ofício, não deve a parte autora arcar com as despesas de sua produção.

4. Recurso especial provido. (STJ, REsp 843.963/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 323)

Mas, ainda que a inversão do ônus da prova não ocorra, pela ausência dos requisitos de verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do autor da ação, conforme o critério adotado pelo juiz, este pode simplesmente inverter o ônus econômico da prova, significando que o autor deve provar os fatos alegados na petição inicial, mas será custeado pelo réu. Trata-se de exceção à regra do artigo 33 do Código de Processo Civil, segundo a qual cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que tiver indicado, e o perito será custeado por quem requereu a prova pericial ou, se tiverem sido ambas as partes ou o juiz, de ofício, esse ônus econômico recairá ao autor.

Nesse caso, o magistrado provavelmente terá levado em conta que o artigo 87 do CDC dispõe não haver adiantamento de honorários periciais, mas entendido que a fragilidade econômica do autor legitimado não o dota da hipossuficiência suficiente para a inversão total do ônus da prova, decorrente da necessidade de facilitação da defesa dos consumidores, na forma do artigo 6º, VIII do CDC. Em virtude disso, especialmente se a prova pericial tiver sido requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo juiz, e o autor não tiver meios de custeá-la, entendemos que tal ônus deva mesmo recair sobre o réu.

Em busca da verdade real dos fatos e da efetividade das ações coletivas, a medida se mostra salutar e se sustenta inclusive no fato de que, para alguns, a hipossuficiência

econômica realmente justificaria a inversão total (e não apenas econômica) do ônus da prova. É isso o que se depreende, exemplificativamente, da lição de José Geraldo Brito Filomeno<sup>245</sup>:

*Hipossuficiência* como se sabe, entretanto, é terminologia do chamado Direito Social, ou Direito do Trabalho, e que deve ter, aqui, a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo. (...) A noção de hipossuficiência, por outro lado, é-nos dada pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060, de 5.2.50, como sinonímia de ‘necessidade’, a saber: ‘Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ocorre que, se o réu da ação coletiva não cobrir os custos conforme determinado pelo juízo, corre-se o risco de a ausência da prova prejudicar o autor coletivamente e, conseqüentemente, a coletividade de consumidores. Nesse caso, não vemos outra saída ao magistrado que não inverter totalmente o ônus da prova, conforme a lei já o autoriza. Com isso, se o réu não custear a prova, sofrerá as consequências já aventadas na ementa transcrita acima, sem prejuízos ao direito do consumidor.

Futuramente, se o PLS 282/2012 for aprovado, incluirá no CDC o artigo 90-F, cujo §1º prevê que o poder público, preferencialmente com recursos dos fundos de direitos difusos, custeará a prova pericial determinada de ofício pelo juiz ou requerida pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por associações, as quais não precisarão restituir o valor, mesmo se a ação coletiva tiver seus pedidos julgados improcedentes.

#### 4.2.4 Fase decisória

O princípio da demanda (ao qual nos referimos em capítulo específico mais acima) ainda costuma ser invocado depois de a ação ter sido iniciada por uma parte legítima, com relação à extensão do pedido, defendendo-se que, *a priori*, o juiz deve decidir nos limites e em congruência daquilo que foi requerido (*ne eat iudex ultra petita partium*).

Todavia, com o advento do Estado Social (considerado o meio termo entre a desigualdade liberal-burguesa e o totalitarismo social-marxista, por aceitar o modo de produção capitalista, mas ainda conferir grande importância aos interesses sociais em

---

<sup>245</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 156-157.

detrimento dos individuais), os limites impostos ao magistrado, quando muito, poderão incidir no bojo de ações individuais sobre direitos disponíveis, conforme a doutrina a esse respeito:

Ao revés, tratando-se de demandas coletivas, nas quais o interesse objeto do conflito toca à sociedade, como um todo indivisível, a um grupo determinável ou determinado de pessoas de forma indivisível ou a interesses divisíveis que pela relevância social interessa a boa parte da sociedade, o juiz não poderá ficar limitado a partes do conflito, notadamente aquelas trazidas a juízo.<sup>246</sup>

Se o processo é meio de instrumentalização do direito material, a evolução deste deve ser acompanhada pelo direito processual, de forma que o processo reflita o momento histórico em que se insere. Assim, não faz sentido segurar a força de um processo se o direito material continua se desenvolvendo e requer a devida tutela. Seria como negar o acesso à justiça, no sentido de ordem jurídica justa.

O juiz é a figura central nessa evolução, pois é ele que, em última análise, concretiza os anseios dos jurisdicionados, e por isso não pode decidir como faziam seus antecessores tradicionalmente, ignorando a nova realidade social.

Nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues,

não se esperam modificações legislativas no ramo do direito processual além da criação de técnicas procedimentais que sejam responsáveis pela instrumentalização do direito material transformado e exigido pela sociedade, mas pelo menos, principalmente, que o operador do direito possa interpretar, com bom senso, olhos visionários, preocupação com o direito substancial e função instrumental, alguns institutos basilares da ciência instrumental. Essa nova visão dos institutos ortodoxos do direito processual não é um favor que o operador do direito está fazendo ou deverá fazer, senão uma exigência do próprio direito material. Insistir tratar certos direitos e certas situações com as rugas do tempo é simplesmente destratá-los.<sup>247</sup>

Com efeito, o direito processual deve refletir fielmente os desígnios do direito material. Não cabe ao processo criar nem diminuir direitos, mas instrumentalizá-los, de modo que regras e princípios processuais jamais podem ser utilizados para adulterar ou distorcer resultados que adviriam se não fosse necessária a tramitação de um processo.<sup>248</sup>

---

<sup>246</sup> ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** nº 52, ano 13, jul./set. 2005, p.227.

<sup>247</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. XV.

<sup>248</sup> TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo** nº 128, ano 30, out. 2005, p. 63-64.

Assim, e talvez indo além das lições doutrinárias expostas, pensamos ser admissível que o juiz realize todos os atos necessários para efetivar a tutela requerida e concedida, e que vá além do pedido do ente legitimado para garantir à coletividade de consumidores todos os direitos indisponíveis protegidos na Constituição da República e no CDC. Se existem a ideia e a obrigação de máxima efetividade da tutela coletiva, seria inconcebível que o juiz, conhecedor dos fatos que lhe fossem levados, assistisse aos direitos do consumidor perecerem pelo simples fato de o autor colegitimado não ter feito todos os pedidos que lhe cabiam.

Embora o magistrado seja inerte na instauração do processo, não se pode dizer o mesmo depois que isso já ocorreu e lhe é confiado o ônus de dar impulso oficial, especialmente em se tratando de direitos coletivos do consumidor. Cândido Rangel Dinamarco<sup>249</sup> ensina com brilhantismo que o juiz deve assumir postura cada vez mais participativa na busca da efetividade do direito substancial, e retrata com maestria a função do magistrado antes e depois do início do processo:

Embora seja sempre franqueada aos próprios interessados a mais ampla liberdade de agir, sendo exclusivamente seu o juízo sobre a conveniência e oportunidade da instauração do processo em busca de tutela jurisdicional (princípio da demanda...), uma vez formado este a tendência moderna é reforçar os poderes de direção e impulso do juiz. Não há oposição, contraste ou conflito entre a *disponibilidade da tutela jurisdicional*, que repudia a instauração de processos de-ofício pelo juiz; e o princípio *inquisitivo*, responsável pela efetividade do próprio poder jurisdicional estatal a ser exercido sempre que provocado. Exaure-se aquela no veto à iniciativa oficial, não chegando sequer ao ponto de permitir a unilateral e peremptória revogação da vontade de contar com o processo e com a tutela jurisdicional. (...) Uma vez instaurado o processo, sua natureza pública e a supremacia do Estado-juiz sobre as partes apontam para o exercício da jurisdição segundo as normas oriundas da Constituição e da lei e com a consciência do compromisso de pacificar com justiça e dar efetividade aos preceitos de direito substancial.

Já vimos acima que o CDC estabelece normas de ordem pública e interesse social, na forma de seu artigo 1º, e a proteção do consumidor é direito fundamental indisponível que também consubstancia fundamento constitucional da ordem econômica. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>250</sup>, ao comentarem tal dispositivo legal, reconhecem que as normas dessa Lei são *ex vi legis* de ordem pública, de forma que o

---

<sup>249</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. 6.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p.238-239.

<sup>250</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**: atualizado até julho de 2006. São Paulo: RT, 2006, p. 181.

magistrado pode apreciar de ofício questões relativas a consumo, justamente por não incidir em sua completude nessa matéria o princípio dispositivo, e nem caber preclusão, devendo ser revista a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ademais, conforme observamos, inserem o acesso à ordem jurídica dentre os princípios fundamentais do CDC inderrogáveis por leis especiais.

Assim, não pode haver parcimônia do magistrado ao efetivar os direitos do consumidor, especialmente quando estes são tutelados coletivamente. O próprio conceito físico de inércia sugere que o juiz está imóvel até ser impulsionado, mas a partir daí continua se movimentando até que outra força o pare. O mundo jurídico não pode admitir que essa outra força seja algo diferente da completa e efetiva realização de todo o direito substancial do consumidor violado pelo fornecedor demandado. Supor que alguma restrição legal seria o freio à atividade jurisdicional efetiva contrariaria o intuito do constituinte e do legislador infraconstitucional.

E nem se diga que o citado artigo 7º da LACP resolveria o impasse ao possibilitar ou determinar que o magistrado, conhecedor de ato que deva ser objeto de ação coletiva em função de sua atuação em processo já existente, informe o Ministério Público a respeito e solicite as providências cabíveis.

Tratando-se de atos potencialmente ilícitos praticados pelo mesmo réu da ação coletiva em curso, seria um contrassenso que o juiz, em vez de conhecer da questão e julgá-la dentro do mesmo processo em trâmite, tivesse que suportar um novo e incipiente processo, que muito provavelmente passaria pelas mesmas discussões de direito material já travadas na lide. Isso iria contra um dos próprios motivos de existência das ações coletivas, que é o de evitar novos processos e otimizar a função jurisdicional para que a coletividade efetivamente receba tudo aquilo que lhe é de direito em um prazo razoável.

A esse respeito, embora não se referindo expressamente às possibilidades de modificação do pedido ou de tutela concedida pelo juiz independentemente de requerimento específico na petição inicial, mas apenas à eventual participação de terceiros no processo ou à possibilidade de transação entre as partes envolvendo objetos alheios àqueles levados ao Poder Judiciário, Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>251</sup> aponta que a absoluta adstrição do julgado ao pedido tem sido objeto de releitura, em virtude da proposta de uma jurisdição integral, que possibilite o aproveitamento máximo do processo existente e apto a resolver não somente a lide como outros focos de conflito.

---

<sup>251</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2006, p. 422.



Reconhecemos que essa posição contraria boa parte de autorizada doutrina, como a de J.J. Calmon de Passos, que, mesmo não aduzindo expressamente às ações coletivas (nas quais, a nosso ver, os direitos do consumidor se mostram indisponíveis com ainda maior clareza, por serem tratados por legitimados autônomos ou substitutos processuais, portanto não titulares do direito material tutelado), inclusive se apoia na figura do Ministério Público para reforçar a importância da inércia do juiz:

Analizando a Constituição de 1988, verifico que ela consagra o princípio fundamental de toda democracia: o da inércia do julgador. Fácil justificar-se, a meu ver. Se o fundamental na democracia é que aos indivíduos tudo é permitido (princípio da liberdade), salvo o que a lei proíbe ou impõe, a ele se deve deferir a decisão sobre seu interesse ou necessidade de valer-se do aparato judicial para solucionar os conflitos em que se envolver. E esse princípio é tão fundamental que, para atender ao excepcional de existirem interesses qualificados pelo sistema como ‘indisponíveis’, foi instituído um órgão independente e estranho ao Judiciário – o Ministério Público, ao qual se deferiu o poder de provocar a prestação da atividade jurisdicional. Também foi instituído, por coerência com o que vem de ser dito, o poder do interessado de definir o que pretende ver julgado e os limites desse julgamento. Em outros termos: aquele que toma a iniciativa de provocar a prestação da atividade jurisdicional delimitará o *thema decidendum* a que fica vinculado o julgador, obstado de decidir *ultra*, *cita* ou *extra petita*<sup>252</sup>.

Entretanto, a postura mais participativa do juiz em prol do princípio constitucional da defesa do consumidor não quer dizer que o princípio da demanda foi relegado, porque o juiz não terá iniciado o processo, mas apenas lhe dado o impulso oficial de verdade. Dentro do contexto posto pela parte, o magistrado deve realmente dar sequência ao processo em busca da máxima efetividade possível.

O consumidor dispõe de prerrogativas excepcionais em face da necessidade de lhe ser prestada a tutela jurisdicional da forma mais abrangente possível, e o magistrado é a figura responsável por isso, à luz dos princípios constitucionais, já que a lei não consegue prever todas as situações do mundo real e não se pode esperar que o faça.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, ao discorrer sobre o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, inclusive no que se refere à proteção dos direitos transindividuais,

---

<sup>252</sup> PASSOS, J.J. Calmon. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 220.

não basta parar na idéia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a estruturação técnica do processo, pois supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais de forma perfeita constitui ingenuidade inescusável. Aliás, se o legislador sempre atuasse de maneira ideal, jamais haveria necessidade de subordinar a compreensão da lei à Constituição, mesmo quando a lei se refere ao direito material. Ou seja, é justamente porque se teme que a lei possa se afastar dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais que se afirma que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a compreensão judicial das normas processuais. A obrigação de compreender as normas processuais a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional e, assim, considerando as várias necessidades de direito substancial, dá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material<sup>253</sup>.

O CDC autoriza o juiz a utilizar normas de ordem pública constantes daquela Lei e praticar diversos atos independentemente da manifestação do consumidor, tal como a inversão do ônus da prova. Outro desses atos é a declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tais como apontadas no artigo 51 do CDC. Mas apenas isso não basta.

Na lição de Adriano Perácio De Paula<sup>254</sup>,

ao verificar que a lide trata de matéria de consumo, pode e deve o juiz tomar decisões no curso da lide, ou mesmo ao seu final, que tenham em vista resguardar em favor do consumidor litigante, a condição que ele não possuía na relação de direito material. Pode assim ser anulado o contrato no todo ou em parte, independentemente de pedido nesse sentido, se o juiz se der conta, pelos elementos trazidos no processo, que o contrato na forma como convencionado afronta os princípios e as regras de norma de ordem pública e de interesse social. [...] Ou seja, os limites e a extensão da atuação da lei no processo será – em questão de consumo – dar tudo quanto se tenha direito a obter. O pedido em matéria de relação de consumo deve ser o pedido imediato: a prestação jurisdicional. Tudo o que se der a conhecer em determinado processo não pode deixar de ser prestado, mesmo que o pedido remoto ou mediato não tenha dele disposto expressamente. Não se trata de fazer uma inferência ampliativa, mas dar a quem tenha determinado direito, tudo quanto for possível lhe dar, pois o processo como organismo público e estuário da atuação da lei por si mesmo é fonte de todas as ações praticamente possíveis, e que visem a aplicação da norma.

Lembramos que o artigo 2º do CPC, antes transcrito, veda ao juiz a prestação jurisdicional senão quando o legitimado o requerer, **nos casos e formas legais**. Os casos e

---

<sup>253</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 229.

<sup>254</sup> PAULA, Adriano Perácio De. Controvérsias do Processo Civil em Matéria de Consumo. **Revista do Consumidor** nº 54. São Paulo: RT, 2005, p.35-38.

formas legais envolvendo os inalienáveis direitos coletivos do consumidor implicam que o juiz possa prestar a atividade jurisdicional mesmo se não requerido algo no início do processo. É essa a “forma legal” pretendida pelo legislador e ansiada pela sociedade: a de máxima proteção ao direito dos consumidores vulneráveis.

Sob o mesmo raciocínio, a parte final do artigo 128 do CPC (“...sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”) não impede que o juiz conheça e julgue pedidos não realizados pelo colegitimado da ação coletiva relativa a direito do consumidor apesar de ter suscitado em juízo os fatos que permitiriam uma atuação mais efetiva. Nos casos de direitos coletivos do consumidor, a lei não exige a “iniciativa da parte” para tanto, por ser a proteção ou defesa daqueles norma constitucional de ordem pública e interesse social, que o juiz pode conhecer de ofício, em atenção à garantia conferida no artigo 5º, XXXII e ao princípio geral da atividade econômica exposto no artigo 170, V, ambos da Carta Maior e refletidos no artigo 1º do CDC.

Ademais, os referidos dispositivos legais constam de um Código de Processo Civil aplicado apenas subsidiariamente às ações coletivas (conforme artigos 90 do CDC e 21 da LACP) e moldado para solucionar conflitos de direitos eminentemente individuais. Não se prestam a regular suficientemente os processos sobre direitos difusos e coletivos tais como as ações coletivas, merecedoras de regras processuais diferenciadas. Portanto, não se pode tratar o direito difuso ou coletivo do consumidor, tutelado coletivamente, como se aprecia uma lide individual relativa a direitos disponíveis.

O processo precisa caminhar junto com o direito material, pois a sua razão de existência é efetivar ou instrumentalizar este último, quando alguém obrigado a determinada conduta deixou de praticá-la. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque aponta:

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, como o processo é meio, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. *Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.* A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir a sua satisfação<sup>255</sup>.

---

<sup>255</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo.** Influência do Direito Material sobre o Processo. 6.ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

Veem-se em doutrina e jurisprudência reiteradas defesas do amplo poder instrutório do juiz para alcançar ou se aproximar da verdade real dos fatos e chegar o mais próximo possível à realização da justiça, mas isso não nos parece ser o bastante. A rigor, a atividade instrutória proativa do juiz já é estimulada amplamente pela lei (conforme artigo 130 do CPC) e a maciça literatura jurídica apenas reforça essa possibilidade.

A questão mais delicada na atividade jurisdicional nas ações coletivas relacionadas a lides de consumo parece realmente ser a possibilidade de o magistrado não se limitar, *a priori*, aos pedidos realizados pelo órgão colegitimado, mas tomar as precauções necessárias a que os direitos coletivos do consumidor não sejam parcial ou totalmente relegados em função da atividade incompleta daqueles a quem a lei outorgou legitimidade para exigir cumprimento integral dos direitos do consumidor.

Sobre isso a discussão literária não avança muito, sendo relevante a contribuição trazida por Georgios Alexandridis:

Quando se trata de processo coletivo, a maior participação do juiz na demanda não fica restrita à produção de provas, independentemente de requerimento das partes, ou ainda ao dever de informar o Ministério Público a respeito de eventual interesse coletivo a ser tutelado...é necessário desenvolver um pensamento capaz de vislumbrar a mitigação dos preceitos do princípio dispositivo, de modo que se possa afastar parcialmente a imposição de que tal princípio remete à adstrição da pretensão formulada na petição inicial pelo legitimado ativo<sup>256</sup>.

Swarai Cervone de Oliveira também reivindica que nas ações coletivas o princípio da demanda seja amenizado, especialmente nos processos em que os fatos envolvidos ainda não estão totalmente claros quando da propositura da ação e vêm a ser melhor apurados ao longo da instrução, quando o juiz poderá verificar se a tutela requerida pelo colegitimado é suficiente e adequada, sendo-lhe permitido acertar os rumos do pedido se não for esse o caso<sup>257</sup>.

O autor defende a possibilidade de o magistrado conceder à coletividade uma tutela não requerida na exordial ao traçar um paralelo entre os processos coletivos e aqueles que Ferruccio Tommaseo classificou como processos de conteúdo objetivo, sem uma demanda específica, não calcados em um direito subjetivo específico, mas que requerem uma atuação do magistrado face à situação narrada pela parte.

---

<sup>256</sup> ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Barnabé. **O pedido no processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 61.

<sup>257</sup> OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 41-70.

Com base nessa comparação, e justamente por não haver pedido de direito subjetivo específico, bastando que o magistrado seja retirado de sua inércia mediante a propositura da ação buscando a sua atuação, expõe seu entendimento (o qual compartilhamos) de que o princípio da demanda fica relativizado, sobrelevando-se o impulso do juiz. Nesse sentido, salienta:

Respeitado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório, não se vê por que, em termos de ações coletivas, negar a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda. E o melhor sistema, a nosso ver, é aquele que confere ao juiz o poder de verificar a boa-fé das partes e, também, a conveniência da alteração. É de ser lembrado, mais uma vez, que as ações coletivas assemelham-se, muitas vezes, a processos de conteúdo objetivo, onde é amenizado o princípio da demanda. Assim, dado o caráter publicístico do processo e a busca da pacificação social, não se deve restringir a possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda a critérios muito rígidos.<sup>258</sup>

Evidentemente, também nessas circunstâncias, todos os cuidados para o desenvolvimento do devido processo legal devem ser tomados. Não é propósito do legislador que os processos coletivos envolvendo direito do consumidor fiquem injustos para o fornecedor, desequilibrados contra estes. O aristotélico pensamento que leva ao tratamento desigual entre desiguais deve ocorrer na medida exata para igualar as armas das partes, não mais do que isso.

O fato de um magistrado poder apreciar e eventualmente determinar alguma providência contra o fornecedor réu do processo independentemente do pedido do autor não significa que, para isso, não devam estar presentes todos os requisitos que qualificam o direito tutelado.

Assim, não é porque o juiz tem o poder e o dever de condenar o réu a uma indenização por danos materiais<sup>259</sup>, mesmo se o autor legitimado somente fizer pedido de condenação em indenização por danos morais ou a prestar determinada obrigação de fazer, que todas as ações coletivas de direito do consumidor terminarão em condenações de fornecedores a indenizar. Logicamente, o magistrado deverá verificar se estão presentes os

---

<sup>258</sup> OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 70.

<sup>259</sup> Conforme Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, dentre os princípios fundamentais do CDC, inderrogáveis por leis especiais que regulam relações de consumo específicas, está justamente a responsabilidade objetiva pela reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos expostos no artigo 6º, V, do CDC (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Civis Comentadas**: atualizado até julho de 2006. São Paulo: RT, 2006, p. 181)

requisitos da responsabilidade civil (em geral, ato ilícito, dano e nexo de causalidade entre eles) antes de condenar um fornecedor a indenizar a coletividade de consumidores.

Da mesma forma, o fato de entendermos que o juiz pode conceder antecipação de tutela de ofício sem prejudicar o princípio da demanda não dispensa o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 273 do CPC, a saber, (1) prova inequívoca que leve à verossimilhança das alegações, cumulada com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou com abuso de direito de defesa ou propósito protelatório do réu, ou então (2) que um ou mais pedidos, total ou parcialmente, seja incontroverso, devendo a medida ser reversível, em qualquer caso.

Igualmente, o magistrado deve evitar ao máximo as decisões surpresas ao fornecedor. Se entender haver possibilidade de impor ao réu condenação diversa daquela originalmente requerida – e isso não significará que estará prejulgando a lide, mas apenas que a ação poderá ser mais ampla que o esperado pelo réu –, deverá alertá-lo dessa possibilidade e permitir ampla defesa, com a produção de todas as provas possíveis de seu direito, em obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Trata-se de procedimento semelhante ao que tem sido adotado, exemplificativamente, para a inversão do ônus da prova.

Assim, a postura e as providências do juiz que ora defendemos também devem ser consideradas quando do saneamento do processo, caso o magistrado já note ter faltado determinado pedido por parte do autor colegitimado, ainda que este apenas potencialmente pudesse vir a ser julgado procedente, dependendo das circunstâncias específicas de desenvolvimento do processo, especialmente na sua instrução.

Entendemos não haver nessa conduta judicial proativa qualquer violação ao disposto no artigo 264 do CPC, segundo o qual, (1) após a citação, o autor não pode modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei; e (2) após o saneamento do processo não se admite alterar o pedido ou a causa de pedir sob nenhuma hipótese.

É que, na hipótese levantada nesta dissertação, não se trata unicamente de modificação do pedido, mas sim de tutela a ser concedida pelo magistrado (em prol da coletividade de consumidores) independentemente de requerimento, embora o magistrado também não possa se abster no caso de a parte lhe informar a pretensão de alargamento do pedido, pois quem pode o mais pode o menos (portanto, se o magistrado pode proceder *ex officio*, naturalmente também lhe é permitido atender a requerimento da parte).

Ademais, já expusemos que as lides coletivas relativas a direito do consumidor merecem tratamento diferenciado, pois se referem a matéria de ordem pública (conforme artigo 1º do CDC) e devem ser analisadas à luz do constitucional princípio de proteção do consumidor. Desde que observados o contraditório e a ampla defesa, não há qualquer gravame processual ao réu. Por fim, rememoramos que o CPC é apenas supletivamente aplicado aos processos coletivos, respeitadas as suas particularidades.

Vale lembrar que é exatamente para evitar esse tipo de discussão que o artigo 16 do projeto de lei nº 5139/2009 alarga as possibilidades de o autor alterar o pedido, dispondo que:

Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Isso demonstra a tendência de se superar a limitação do magistrado aos pedidos iniciais do autor, ainda que, em nossa visão, esse projetado artigo merecesse ser modificado para suprimir o trecho “a requerimento do autor”.

Ressaltamos, contudo, o nosso entendimento de que, mesmo sem a aprovação do projeto de lei em questão, até a prolação da sentença, se o juiz perceber a necessidade de conceder à coletividade de consumidores uma tutela não requerida pelo órgão colegitimado, já poderá fazê-lo após o exercício de contraditório e ampla defesa pelo réu, e garantir a efetividade das ações coletivas, sem necessidade de propositura de uma nova.

Com essa modificação, o dispositivo legal ficaria mais coerente com o artigo 25 do mesmo projeto de lei:

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido. Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Por sua vez, o PLS 282/2012 confere amplos poderes ao juiz da ação coletiva ao prever a inclusão do artigo 90-G no CDC, segundo o qual:

Na ação reparatória referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá: I – na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos; II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e III – na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.

O artigo 460 do CPC vigente gera um pouco mais de dificuldade para a adoção dessa postura proativa pelo juiz, por vedar não a alteração do pedido, mas, genericamente, julgamentos *extra* ou *ultra petita*. Contudo, pelos mesmos fatos de o CPC somente se aplicar subsidiariamente às ações coletivas e de o CDC compreender direitos indisponíveis, entendemos deva ser excepcionada a aplicação desse dispositivo nas ações coletivas relacionadas a direito do consumidor, especialmente se os projetos de lei acima mencionados vierem a ser aprovados.

Existe até mesmo uma norma vigente que dá abertura a isso no microssistema de ações coletivas, a saber, o artigo 11 da Lei da Ação Popular, já mencionado mais acima quando apontamos o princípio da reparação integral do dano, específico das ações coletivas. Tal dispositivo claramente admite ao juiz conceder indenização quando declarar a nulidade de ato impugnado pelo autor. Ao comentarem esse dispositivo, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr ensinam: “Fica evidente aqui a presença do *princípio da reparação integral do dano*: mesmo que não tenha sido feito o pedido de condenação, este se retira da natureza da ação popular e da ação de improbidade administrativa, admitindo uma espécie de pedido implícito”

260

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery discorrem sobre o tema, embora refiram expressamente, quanto a direito do consumidor, unicamente ao artigo 51 do CDC, que confere ao juiz a possibilidade de declarar a nulidade de cláusulas contratuais abusivas:

A regra da congruência (ou correlação) entre pedidos e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio *dispositivo*. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso quer dizer que não haverá julgamento *extra*, *infra* ou *ultra*

---

<sup>260</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4.7.ed. Salvador: JusPodium, 2012, p.126.



*petita* quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública<sup>261</sup>

Não se nega que essa certa flexibilização nos princípios da demanda, do dispositivo ou da congruência cause reserva ao início, quiçá sob a desconfiança de ferir a segurança jurídica, mas igualmente é inescusável que somente com atitudes práticas como essa o instituto da ação coletiva demonstrará sua verdadeira razão de existir e estarão efetivamente assegurados direitos difusos e coletivos tão caros à sociedade como o da máxima proteção do consumidor, reequilibrando as forças na relação de consumo com o fornecedor.

Isso sim geraria pacificação social e segurança jurídica, que, aliás, é uma das justificativas para a apresentação do PLS 282/2012, desde que sejam respeitados os demais princípios constitucionais já mencionados nesta dissertação, especialmente o do contraditório e da ampla defesa.

É também o que se extrai de artigo de Barbosa Moreira sobre processos socialmente efetivos – assim entendidos, para ele, por dois critérios: o primeiro como os processos capazes de veicular aspirações da sociedade como um todo e permitir-lhe a satisfação por meio da Justiça; o segundo, como aqueles que, do ponto de vista social, consintam aos membros menos economicamente favorecidos da comunidade a persecução de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças econômicas, políticas e sociais:

O que se acaba de dizer põe de manifesto quão importante, para a efetividade social do processo, é a maneira por que o conduza o órgão judicial. A lei concede ao juiz muitas oportunidades de intervir no sentido de atenuar desvantagens relacionadas com a disparidade de armas entre os litigantes. Todavia, uma coisa é o que reza a lei, outra o que retira dela o órgão processante. Cumpre neste passo prevenir objeção de alguma relevância. A certos espíritos parecerá que uma condução socialmente

---

<sup>261</sup> E seguem, listando algumas dessas matérias de ordem pública sobre as quais o juiz pode se pronunciar, classificando-as entre substanciais e processuais, e, a nosso ver, reforçando, em função do primeiro tipo, a possibilidade de se entender que as questões de direito material constantes do CDC merecem ser apreciadas pelo juiz mesmo sem pedido expresso da parte, especialmente tendo em vista o conteúdo dos artigos 6º, VI (efetiva prevenção e reparação de danos morais e materiais, inclusive coletivos) e 83 (todas as espécies de ações são admissíveis para a defesa dos direitos do consumidor) do CDC: “Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par.ún.) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170 III e CC 1228 § 1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422); simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166 VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267 § 3º; 301 X; 301 § 4º); incompetência absoluta (CPC 113 §2º); impedimento do juiz (CPC 134 e 136)...(NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007, p. 669)”.

orientada do feito se presta a incorrer na censura de parcialidade: o juiz estaria fazendo pender indevidamente um dos pratos da balança para o lado em que se situa a parte mais fraca e violando, com isso, o dever de proporcionar a ambas igualdade de tratamento (CPC, art. 125, I). Não uma, senão inúmeras vezes, já se proclamou, em fórmulas bem conhecidas, que o verdadeiro critério de igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que desigualam. Também já se repetiu de sobejo que a tentativa de realizar a justiça não pode contentar-se com a igualdade formal, senão que reclama a igualdade material. A questão está em que quase todos concordam em tese com essas afirmações, mas se rebelam quando, numa hipótese determinada, se pretende extrair delas consequências concretas. Na verdade, nenhum sistema processual, por mais inspirado que seja em seus textos, se revelará socialmente efetivo se não contar com juízes empenhados em fazê-lo funcionar nessa direção.<sup>262</sup>

Portanto, sem quebrar paradigmas como o da visão clássica do princípio da demanda, que orienta o juiz a deixar o navio passar e afundar sem salvar quem está dentro, apesar de ter os meios para tanto, o processo civil coletivo não evoluirá de maneira consistente a encontrar o seu verdadeiro fundamento de proteção de direitos coletivos.

Estamos a tratar aqui de questões relevantes que, a nosso ver, não estão claramente regradas. Não parece haver técnica processual fechada para resolver o impasse da harmonização entre direito material tão protegido pela Constituição da República, como é o caso da defesa do consumidor (que inclusive atingiu status de princípio), e a eventual violação destes por inércia dos legitimados quanto à realização de determinado pedido evidentemente necessário para a garantia do direito.

Assim, entendemos ser o caso do que Luiz Guilherme Marinoni qualifica como omissão de regra processual adequada à realização do direito fundamental:

Na hipótese de omissão de regra processual ou de inexistência de técnica processual adequada ao caso concreto, a diferença, em termos de argumentação, é a de que o juízo deverá demonstrar que as necessidades de direito material exigem uma técnica *que não está prevista pela legislação processual*. Porém, ao juiz não bastará demonstrar a imprescindibilidade de determinada técnica processual não prevista pela lei, mas também argumentar, considerando o direito de defesa, que a técnica processual identificada como capaz de dar efetividade à tutela do direito é a que traz menor restrição possível à esfera jurídica do réu.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** nº 11, ano II, mai./jun. 2001, p.12-13.

<sup>263</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 235.

Apegar-se à interpretação mais conservadora do princípio da demanda para evitar que o juiz prestigie o direito constitucional fundamental de proteção do consumidor e deixe que a omissão do órgão colegitimado prejudique um número muitas vezes indeterminado de pessoas parece-nos contrassenso com o que a sociedade, por intermédio de seus representantes constituintes, legisladores e administradores, definiu como profundamente importante.

A atuação efetiva do juiz em prol do direito do consumidor vulnerável está fundada nos princípios da igualdade e do acesso à justiça e não pode ser interrompida com base em outro princípio, o da demanda, do dispositivo ou da congruência.

Portanto, e em síntese, entendemos que, até a prolação da sentença, o juiz pode e deve conhecer de ofício qualquer matéria relacionada ao direito do consumidor, especialmente quando coletivamente tutelado, certificando-se de que concederá à coletividade tudo aquilo a que teria direito se não fosse necessária a propositura da ação coletiva.

#### **4.2.5 Fase recursal**

Sendo o recurso uma extensão do direito de ação, naturalmente vêm à tona semelhantes questionamentos sobre qual deve ser a conduta do julgador de segunda instância ou de instâncias superiores ao se deparar com ações coletivas relacionadas a lides de consumo.

Não parece haver dúvidas de que, nessas situações, o magistrado necessita prestigiar ao máximo a efetividade das ações coletivas, fazendo tudo o que estiver a seu alcance para um julgamento completo e ágil, inclusive procurando dar alguma prioridade à tramitação dos recursos interpostos nos autos destas ações.

A seguir, apontamos algumas situações que nos pareceram ter maior potencial de ocorrerem na prática e carecerem de cuidadosa análise pelos julgadores. Sabemos, contudo, que podem ser inúmeras as hipóteses de defrontação do magistrado no caso concreto com situações não claramente tratadas em lei, doutrina e jurisprudência, de maneira que os princípios delineados devem balizar a atuação jurisdicional.

##### **4.2.5.1 Recurso parcial ou inexistência de recurso**

O direito do consumidor, especialmente quando tratado coletivamente, é indisponível e inalienável pelo órgão colegitimado, por consubstanciar matéria de ordem

pública de especial relevância jurídica, econômica e social. Assim, já defendemos que os integrantes do Poder Judiciário não podem tomar a iniciativa de propor uma ação, em virtude de sua inércia, mas, uma vez instados pelas partes, adquirem amplos poderes de condução do processo pelo impulso oficial. Podem, inclusive, conceder tutelas não originalmente requeridas pelo órgão colegitimado.

Contudo, não faria sentido que, no caso de julgamento de improcedência dos pedidos da ação coletiva, total ou parcial, pudesse o órgão colegitimado simplesmente abdicar do direito de recorrer, conforme já expusemos.

A partir do momento em que o órgão colegitimado decidiu agir em favor da coletividade de consumidores, assume ele mais do que o ônus, mas o dever – se não perante o Poder Judiciário, ao menos perante a massa de consumidores – de sustentar com robustez o direito buscado. Não pode, portanto, conformar-se com o insucesso em qualquer instância.

Justamente por isso, se o magistrado notar que o órgão colegitimado deixou de defender integralmente o direito coletivo do consumidor, não pode silenciar. Não estamos a dizer que o julgador deverá, ele mesmo, interpor determinado recurso – assim como já vimos ser ilegal iniciar uma demanda. Deverá, então, adotar medidas concretas para que não se faça coisa julgada contra os consumidores sem julgamento completo em todas as instâncias.

No caso de o recurso ser apenas parcial (isto é, se uma parte da decisão desfavorável não for objeto de insurgência, mas outra parte sim), o julgador do órgão *ad quem* não depende de um novo recurso para conhecer – e quiçá prover – matéria não atacada especificamente pelo órgão colegitimado. Já tendo sido instado a se manifestar sobre decisão de instância inferior, o impulso oficial do magistrado o leva a, naquele recurso interposto, poder apreciar qualquer matéria de ordem pública. Ora, se ao julgador é dado conhecer de ofício matéria de ordem pública processual, tal como as condições da ação, que dirá questões de ordem pública de direito material aventadas na instância inferior, as quais geram repercussão ainda maior ao direito tutelado.

Embora o posicionamento adotado possa causar certa resistência a alguns mais apegados à forma que ao conteúdo, relembramos que a necessidade de se conferir efetividade às ações coletivas não pode repousar apenas no campo da retórica, mas merece atitudes concretas como esta que propomos.

Não se trata, aliás, de conduta inédita, mesmo em processos individuais, e inclusive em situações favoráveis a fornecedores. Imaginemos que uma determinada ação proposta por um consumidor tenha levado à condenação do fornecedor a certa obrigação de fazer cumulada com uma indenização por danos morais, e o réu apenas recorra desta última

parte da sentença. Em função do reconhecido efeito translativo dos recursos, o julgador da instância superior eventualmente pode avaliar que a obrigação imposta sobre o réu a pedido do autor carece de possibilidade jurídica. Nesse caso, ainda que o réu não tenha recorrido da imposição de obrigação de fazer, o desembargador pode extinguir o processo por ausência de condição da ação nessa parte<sup>264</sup>.

Da mesma forma, caso o recorrente de tal sentença hipotética tivesse sido o consumidor, com o propósito de modificar em parte a obrigação de fazer à qual o réu foi condenado, o tribunal também poderia reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido e afastar qualquer tipo de obrigação de fazer imposta sobre o réu, sem que isso implique violação do princípio da proibição da *reformatio in pejus*.

Assim, é defensável considerar que o trânsito em julgado da parte não recorrida de uma decisão fica, de certa forma, condicionado à manutenção do *status quo* pela instância superior julgadora dos recursos.

A discussão sobre esse tema assume contornos ainda mais complexos quando o autor colegitimado da ação coletiva renuncia ao direito de recorrer, apesar da obrigação de fazê-lo, silenciando quanto à sentença desfavorável ou expressamente abdicando do direito. Nesse caso, nem sequer haverá recurso parcial cujo objeto possa ser ‘estendido’. Por outro

---

<sup>264</sup> A respeito do efeito translativo e da possibilidade de extinção do processo sem resolução do mérito, inclusive por conhecimento da matéria *ex officio* pelos julgadores, veja-se o seguinte julgado do STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. MANDADO DE SEGURANÇA APRESENTADO PELO USUÁRIO DO SERVIÇO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. MATÉRIA COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO, NO ÂMBITO DOS RECURSOS ORDINÁRIOS.

1. Por força do efeito translativo dos recursos ordinários, as matérias de ordem pública podem ser conhecidas de ofício, na forma do art. 301, § 4º, do CPC, que excepciona apenas o compromisso arbitral. Essa regra também se aplica ao recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, porquanto se trata de recurso de fundamentação livre e não vinculada, com efeito devolutivo amplo, permitindo o exame tanto de matéria de direito, inclusive norma de direito local e constitucional, quanto de fato, ou seja, a matéria é analisada sem as restrições referentes ao recurso especial.

2. Essa orientação tem sido adotada pela jurisprudência desta Corte, conforme demonstram os seguintes precedentes: RMS 5.118/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 19.6.1995; RMS 18.742/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2.5.2006; RMS 21.067/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 2.8.2007; RMS 21.748/MT, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 1º.7.2009; RMS 23.571/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 21.11.2007; RMS 16.295/GO, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 28.3.2005; RMS 16.804/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 25.9.2006; RMS 21.603/DF, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2.8.2010.

3. Nesse contexto, a “carência de ação” constitui matéria que pode ser analisada de ofício no âmbito dos recursos ordinários (art. 301, X, do CPC).

4. O usuário do serviço de energia elétrica (consumidor em operação interna), na condição de contribuinte de fato, é parte ilegítima para discutir a incidência do ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica ou para pleitear a repetição do tributo mencionado.

5. Reconhecida a ilegitimidade ativa ad causam da impetrante (ora recorrente), impõe-se a extinção do processo sem resolução de mérito, na forma do art. 267, VI, do CPC.

6. Processo extinto, de ofício, sem resolução de mérito. Recurso ordinário prejudicado.” (RMS 25.558/PB, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 22/03/2011)

lado, não se pode supor que o constituinte e o legislador teriam imposto a indisponibilidade do direito do consumidor, especialmente quando coletivamente tutelado, mas deixado brecha para que essa qualidade do direito fosse facilmente contornada, bastando que uma decisão judicial permanecesse sem recurso. Isso justamente faria com que os direitos coletivos e suas respectivas ações estivessem sujeitos a manipulações e acordos de interesse entre fornecedores e órgãos colegitimados.

Nesta hipótese, entendemos deva o magistrado determinar a intimação dos demais órgãos colegitimados, pessoalmente, quando possível, e cumulativamente por edital, para alcançar o maior número de órgãos legitimados (tal como associações dispersas, por exemplo), a fim de ficarem cientes da inércia do autor da ação coletiva e eventualmente assumirem a frente do processo e interponem o recurso cabível.

Caso, ainda assim, não o seja feito, defendemos devam os autos ser remetidos à instância superior como uma forma de reexame necessário, nos mesmos moldes do disposto no artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública, que garante o duplo grau de jurisdição. Essa providência é plenamente possível à luz do microssistema de ações coletivas.

Por fim, para que não se aponte parcialidade do magistrado em relação a essas medidas propostas, reiteramos que o fato de garantir o duplo grau de jurisdição às ações coletivas não significa que o julgador precise dar provimento aos recursos, mas apenas que o direito do consumidor, tratado coletivamente, será analisado da maneira mais profunda possível.

#### **4.2.5.2 Efeitos do recurso de apelação**

Considerando o fato de as ações coletivas tramitarem pelo rito ordinário, os recursos cabíveis no processo são aqueles taxativamente previstos no artigo 496 do CPC para as ações individuais do consumidor sob o mesmo procedimento: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Com exceção da apelação, conforme exporemos, as características dos recursos cabíveis são basicamente as mesmas de um processo individual, incluindo-se os seus efeitos.

No tocante aos efeitos da apelação nas ações coletivas, importante avanço se deu com a entrada em vigor da Lei nº 7.347/85, cujo artigo 14 excepciona a regra processual geral de recebimento do recurso com efeito suspensivo (artigo 520 do CPC), fazendo constar

que, nas ações civis públicas, “o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte”.

Pelo fato de a redação do artigo 14 da LACP permitir ao juiz conferir efeito suspensivo ao recurso, resta claro que, em princípio, não há tal efeito<sup>265</sup>, e, portanto, trata-se de algo excepcional, conforme consta de precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO CIVIL PÚBLICA Procedência da ação Apelação recebida apenas no efeito devolutivo Art. 14 da Lei nº 7347/85 Faculdade do Juiz Excepcionalidade não demonstrada - Decisão mantida Recurso não provido (TJSP, AI 0048623-47.2013.8.26.0000, DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO. Rel. PEIRETTI DE GODOY, j. 26/06/2013)

Conforme já defendemos acima, a existência do microsistema de ações coletivas implica que as normas mais benéficas de cada uma das leis envolvidas nesse microsistema devam preferencialmente ser aplicadas a tais tipos de ações, e assim deve ocorrer com relação ao dispositivo legal em questão, de forma que o disposto no artigo 19 da Lei da Ação Popular (efeito suspensivo à apelação contra decisão de procedência do pedido) somente se aplica a este tipo de processo.

O magistrado deve ser extremamente rigoroso ao analisar a necessidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso do fornecedor de produtos ou serviços, tendo em vista que a atribuição de tal efeito pode impedir o órgão colegitimado de iniciar a execução provisória do julgado, que é plenamente cabível. Poderá o julgador, inclusive, conceder o efeito suspensivo em relação a apenas alguma das partes da decisão recorrida.

Todavia, se houver risco de dano irreparável à parte apelante, o magistrado (seja do órgão *a quo*, em um juízo preliminar, seja do órgão *ad quem*, em juízo definitivo) não poderá deixar de atribuir efeito suspensivo ao recurso, pois, conforme ensinam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>266</sup>, não se trata de poder discricionário, mas de constatação do preenchimento de conceito indeterminado.

---

<sup>265</sup> O PLS 282/2012 prevê a inclusão do artigo 90-H ao CDC, o qual confirma não ser a apelação de sentença proferida em processo coletivo recebida com efeito suspensivo.

<sup>266</sup> DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4, 7.ed. Salvador: Jus Podium, 2012, p. 372.

#### **4.2.6 Fase executiva**

##### **4.2.6.1 A execução provisória**

Conforme apontamos acima, as sentenças proferidas em ações coletivas apenas excepcionalmente são dotadas de efeito suspensivo. Apesar disso, pode surgir discussão a respeito da admissibilidade da execução provisória da sentença quando o recurso oriundo desta for dotado apenas de efeito devolutivo.

Isso porque o artigo 15 da LACP, ao dispor sobre o prazo de 60 dias para a execução da sentença pela associação autora da ação coletiva (após o qual esta deverá ser feita pelo Ministério Público ou, facultativamente, aos demais órgãos colegitimados), refere-se ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Ocorre que o dispositivo legal em questão não prejudica a realização de execução provisória, por diversos motivos, a nosso ver: (1) inicialmente, não há qualquer vedação a ela; (2) em segundo lugar, pode ser feita uma interpretação de que o propósito da inclusão desse dispositivo na LACP foi o de regular a situação de inércia da associação autora e, nesse caso, autorizar a execução por outros entes colegitimados, mas não o de estabelecer as formas de execução; assim, para os casos de a associação autora dar andamento à execução, o artigo não se aplica; (3) em terceiro lugar, o fato de o Ministério Público ou outros órgãos colegitimados apenas poderem executar a sentença após sessenta dias do trânsito em julgado não quer dizer que o autor da ação coletiva não pudesse fazer a execução provisória.

O conteúdo desse dispositivo realmente é voltado à postura dos demais órgãos colegitimados e não cabe a interpretação de que o autor da ação coletiva não poderia fazer a execução provisória porque não houve trânsito em julgado, assim como seria impensável dizer que o órgão colegitimado autor da ação coletiva somente poderia executar a sentença depois de 60 dias, porque o artigo 15 da LACP menciona esse prazo para a participação dos demais colegitimados.

Ora, o prazo de 60 dias somente deve ser obedecido pelos colegitimados não autores da ação coletiva, e não nas execuções de iniciativa do autor da ação de conhecimento, assim como o trânsito em julgado somente precisa ser observado pelos demais colegitimados, mas não pelo autor da ação, que pode buscar o cumprimento do comendo imediatamente após a sua prolação, ainda que provisoriamente. Aliás, entendemos que nem mesmo é necessário



que o autor da ação coletiva inicie a fase de cumprimento de sentença, podendo o magistrado deflagrar a execução de ofício.

Não havendo qualquer óbice à execução provisória nas leis que formam o microsistema de ações coletivas, obedece-se subsidiariamente o disposto no CPC, cujo artigo 475-O prevê tal procedimento quando não há pendência de recurso dotado de efeito suspensivo (§3º, II).

A literatura jurídica já se posicionou amplamente a favor da execução provisória, conforme se extrai da lição de Marcelo Abelha Rodrigues, para quem:

embora a execução provisória não tenha sido prevista pelo legislador da Lei nº 7.347/85, não há óbices para que se lhe aplique este regime jurídico do art. 475-O combinado com o art. 520, sobretudo pelo fato de que o sistema recursal da jurisdição civil coletiva não prevê o efeito suspensivo *ope legis*, ficando ao alvedrio do juiz a sua concessão, diante das peculiaridades do caso concreto, permitindo, pois, regra geral, a eficácia imediata do julgado, uma vez que o recurso nascerá apenas com o efeito devolutivo.<sup>267</sup>

A execução provisória ainda se justifica pelo princípio da duração razoável do processo (e, consequentemente, da efetividade processual), pois dinamiza a concretização das decisões em ações coletivas, não fazendo sentido que se aguarde o julgamento de recursos de apelação para, só então, iniciarem-se os procedimentos para realizar o comando. Mostra-se, portanto, além de possível, muito recomendável a adoção das medidas previstas no artigo 475-O do CPC.

#### 4.2.6.2 A deflagração da execução coletiva pelo juiz

Outra questão bastante debatida recentemente nos tribunais brasileiros se refere ao início da execução da sentença, especialmente se o juiz pode, em homenagem aos princípios da efetividade e da duração razoável do processo, deflagrá-la de ofício, ou se deve se manter inerte até que o interessado promova o cumprimento do comando judicial.

Com relação às ações coletivas com pedido de condenação do fornecedor à obrigação de fazer ou não fazer, a redação dos artigos 84 do CDC e 11 da LACP esclarece que o cumprimento da sentença pode e deve decorrer de atos do próprio magistrado, que pode se utilizar de medidas de apoio (como busca e apreensão, impedimento de atividades nocivas, imposição de multas etc), independentemente de requerimento do autor.

---

<sup>267</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. 3.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 299-300.

Contudo, o CDC e a LACP silenciam quanto ao cumprimento de sentença condenatória de pagamento de quantia certa, usualmente a título de indenização.

O *caput* do artigo 475-J do CPC (lei geralmente aplicável às ações coletivas de maneira subsidiária) apenas estabelece que o mandado de penhora e avaliação será expedido “a requerimento do credor”, sem expressamente se referir a quem compete deflagrar a execução. Todavia, o §5º daquele artigo prevê que o juiz mandará arquivar os autos se a execução não for requerida no prazo de seis meses, e o artigo 475-B dispõe sobre o requerimento do credor para o cumprimento de sentença quando o valor está sujeito a mero cálculo aritmético.

A esse respeito, Marcelo José Magalhães Bonício<sup>268</sup> defende a necessidade de requerimento do credor para o início da fase executiva, por força do princípio dispositivo que deve essencialmente ser observado para o início do processo. No entanto, o desenvolvimento deste se dá por impulso oficial, conforme orienta o artigo 262 do CPC, de forma que o juiz deveria ter o poder de indicar a fase de cumprimento de sentença de qualquer natureza.

Em nome do Estado, o juiz deve praticar a jurisdição completa e satisfazer o direito da parte (no caso das ações coletivas relacionadas a lides de consumo, a satisfação seria da massa de consumidores) promovendo a execução de sua decisão. Não faz sentido que o magistrado tenha esse poder nas ações condenatórias a obrigações de fazer e não fazer, mas não nas demais. Imaginemos uma sentença que impusesse ao réu determinada obrigação de fazer e ainda o condenasse a pagar indenização por danos morais fixada em um milhão de reais, destinada ao fundo referido no artigo 13 da LACP. O juiz poderia participar amplamente do cumprimento da primeira parte, mas deveria manter-se totalmente inerte quanto à segunda? Isso realmente soaria inadequado.

Humberto Theodoro Júnior<sup>269</sup> chega a defender que nem sequer seria necessária qualquer intimação, iniciando-se o prazo do artigo 475-J do CPC a partir do trânsito em julgado da decisão:

Como a sentença não mais encerra o processo o prazo legal ...previsto para cumpri-la (art. 475-J) decorre da intimação do próprio julgado...Por outro lado, a existência (ou possibilidade) de recurso contra a sentença, impedirá a fluência imediata do prazo de seu cumprimento, de maneira que, de fato, o *tempus iudicati* deverá correr após o trânsito em julgado da condenação.

---

<sup>268</sup> ARMELIN, Donaldo [et. al] **Comentários à execução civil**: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

<sup>269</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 25.ed.revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Leud, 2008, p. 574.

Intimado o devedor (na pessoa de seu advogado) ficará dito prazo suspenso no aguardo da exaustão das vias recursais. E, uma vez tal ocorrido, imediatamente serão contados os quinze dias do art. 475-J, sem necessidade de qualquer nova intimação.

Ora, a Lei nº 11.232/2005, que acrescentou o artigo 475-J ao CPC, foi concebida justamente para evitar que uma sentença fique sem execução em razão de problemas formais que poderiam ser evitados. Isso ficou evidente na própria exposição de motivos dessa Lei. Ali foi registrada a resistência à dicotomia de processos, a qual importava na paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença.

Contudo, reconhecemos que, reunido em Corte Especial, o Superior Tribunal de Justiça parece já ter se posicionado pela necessidade de o exequente deflagrar a fase de cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa<sup>270</sup>, muito embora a leitura do acórdão integral demonstre que o foco principal de discussão foi o do termo inicial para a contagem do prazo de pagamento.

Todavia, esse julgamento não se deu à luz dos princípios que norteiam as ações coletivas, cujo tratamento merece ser diferenciado. Justifica-se assim que, ao menos em relação a essas, o magistrado não dependa de requerimento expreso para determinar o cumprimento de sentença de qualquer natureza. Essa providência é tão importante que foi expressamente incluída no artigo 26 do projeto de lei nº 5139/2009:

---

<sup>270</sup> “PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 11.232, DE 23.12.2005. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. JUÍZO COMPETENTE. ART. 475-P, INCISO II, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. TERMO INICIAL DO PRAZO DE 15 DIAS. INTIMAÇÃO NA PESSOA DO ADVOGADO PELA PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. ART. 475-J DO CPC. MULTA. JUROS COMPENSATÓRIOS. INEXIGIBILIDADE.

1. O cumprimento da sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada.

2. Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do "cumpra-se" pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.

3. O juízo competente para o cumprimento da sentença em execução por quantia certa será aquele em que se processou a causa no Primeiro Grau de Jurisdição (art. 475-P, II, do CPC), ou em uma das opções que o credor poderá fazer a escolha, na forma do seu parágrafo único – local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou o atual domicílio do executado.

4. Os juros compensatórios não são exigíveis ante a inexistência do prévio ajuste e a ausência de fixação na sentença.

5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp940274 / MS – Rel.Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS – Ministro Rel. para Acórdão JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – CORTE ESPECIAL - DJ 31.5.2010).

Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Ao tratarmos da indisponibilidade dos direitos coletivos do consumidor, expusemos que estes não podem ser prejudicados pelo fato de o órgão colegitimado ter-se mantido inerte ou ter abandonado a causa. Nessas situações, o processo precisa caminhar, e o cumprimento da sentença não mais constitui novo processo, mas apenas uma fase daquele já iniciado.

Finalmente, e apenas para reduzir as chances de insurgência do réu da ação coletiva, antes de o próprio magistrado agir proativamente e determinar o cumprimento da sentença condenatória ao pagamento de quantia certa, notamos ser recomendável que, na inércia do autor colegitimado, determine a intimação do Ministério Público (se não for o autor da ação) e dos demais entes colegitimados para iniciarem a fase de cumprimento de sentença. Se os órgãos colegitimados em questão mantiverem-se inertes, aí sim o magistrado agiria com ainda mais razão, embora já o pudesse fazer antes mesmo de conferir tal oportunidade aos demais legitimados.

#### **4.2.6.3 A execução dos provimentos declaratórios**

A sentença condenatória de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia em dinheiro pode ser cumprida nos próprios autos da ação de conhecimento, sem necessidade de propositura de novo processo de execução e citação do devedor, exceto quando assim determinado pela Lei.

Todavia, discute-se se a sentença declaratória igualmente pode ser executada nos termos dos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, gerando efeito condenatório, tendo em vista que o artigo 475-N da Lei Processual expressamente prevê ser título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”.

A discussão se deve ao fato de que o provimento condenatório, ao contrário do declaratório, não apenas afirma existir uma violação de direito, ou a presença de uma fonte

legal de obrigação, mas também define, conseqüentemente, uma prestação a ser realizada por uma parte em favor da outra.

Assim, a controvérsia a ser resolvida é a seguinte: apesar de um provimento declaratório não impor o cumprimento de uma obrigação por alguém, pode ele ser executado, em homenagem aos princípios processuais da instrumentalidade, efetividade e razoável duração do processo?

Aqueles que defendem uma resposta positiva se apegam ao fato de que, na eventual propositura de uma nova ação com cunho condenatório, o pronunciamento judicial infalivelmente coincidirá com o da ação declaratória prévia, sob pena de violar coisa julgada e gerar insegurança jurídica.

Dessa forma, não haveria necessidade de obrigar o início de nova ação de conhecimento para chegar ao mesmo resultado, sendo possível pleitear a execução da sentença declaratória nos próprios autos. Nesse sentido tem se formado uma respeitável jurisprudência, exemplificada pela ementa transcrita a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DO DIREITO À COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO POR VIA DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. FACULDADE DO CREDOR. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC.

1. "A sentença declaratória que, para fins de compensação tributária, certifica o direito de crédito do contribuinte que recolheu indevidamente o tributo, contém juízo de certeza e de definição exaustiva a respeito de todos os elementos da relação jurídica questionada e, como tal, é título executivo para a ação visando à satisfação, em dinheiro, do valor devido" (REsp n. 614.577/SC, Ministro Teori Albino Zavascki).

2. A opção entre a compensação e o recebimento do crédito por precatório ou requisição de pequeno valor cabe ao contribuinte credor pelo indébito tributário, haja vista que constituem, todas as modalidades, formas de execução do julgado colocadas à disposição da parte quando procedente a ação que teve a eficácia de declarar o indébito. Precedentes da Primeira Seção: REsp.796.064 - RJ, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.10.2008; EREsp. Nº 502.618 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 8.6.2005; EREsp. N. 609.266 - RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 23.8.2006.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (STJ, REsp 1114404/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/02/2010, DJe 01/03/2010)

De fato, aliando-se a redação do artigo 4º<sup>271</sup> à do artigo 475-N, ambos do Código de Processo Civil, parece-nos ter o legislador autorizado a interpretação dada pela jurisprudência, desde que presentes todos os elementos constitutivos da obrigação. Se a sentença não trazer todos os elementos para a execução, caberia inclusive a liquidação para posterior execução nos mesmos autos.

O Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil deixa essa opção legislativa ainda mais evidente no seu artigo 502, segundo o qual:

Além da sentença condenatória, serão também objeto de cumprimento, de acordo com os artigos previstos neste Título: I – as sentenças proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa.

Por fim, lembremos que para as ações coletivas relativas a lides do consumidor, nem sequer seria necessária a previsão legal específica a esse respeito, pois já depreendemos de outras normas a possibilidade de o juiz conceder tutela diversa daquela requerida pelo órgão colegitimado.

---

<sup>271</sup> “Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.”

## CONCLUSÃO

Concluimos da pesquisa realizada ao longo deste estudo que a jurisdição atualmente deve ser entendida completa somente quando tiver sido prestada com efetividade. Em resumo, isso significa que o direito precisa ser declarado pelo magistrado e realizado em benefício do vencedor do processo de maneira integral, concreta e satisfatória, em prazo razoável.

Vimos que o exercício da jurisdição em prazo razoável não equivale à prestação célere da justiça, pois se trata de conceito relativo às circunstâncias específicas de cada lide, oscilando caso a caso. Em linhas gerais, pareceu-nos correto considerar que o prazo razoável variará conforme a complexidade do assunto em litígio, o comportamento dos litigantes e a atuação do órgão jurisdicional.

Conforme demonstramos nesta dissertação, o legislador de direito processual civil, mesmo de caráter individual, tem conferido crescente prestígio à efetividade processual, reiteradamente justificando nesse fator os motivos de reforma legislativa, bastante acentuada no Brasil a partir da década de 1990. Até mesmo a Constituição da República foi emendada em 2004 para incluir o direito à razoável duração do processo dentre aqueles fundamentais listados no artigo 5º, reforçando algo que já estava previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário.

Sob essa perspectiva, a efetividade se mostra ainda mais relevante nas ações coletivas, instrumento voltado à tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, assim definidos pelo artigo 81 do CDC. Isso porque as ações coletivas já se mostraram meios eficazes de atender às demandas da sociedade atual, caracterizada pela sua massificação e pela relevância do consumo na vida das pessoas.

Expusemos que esses fatores têm sido muito acentuados no Brasil neste século XXI, com a estabilidade econômica e o incremento substancial da classe média (classe C), que estimularam o crescimento do país e propiciaram o ingresso de milhões de pessoas no mercado de consumo.

O direito do consumidor foi estabelecido pelo artigo 5º da Constituição de República como direito fundamental de todas as pessoas físicas e jurídicas, e a sua defesa foi apontada pelo artigo 170 da Carta como princípio da ordem econômica nacional. Viabilizá-lo por intermédio de ações coletivas não apenas atende a esses preceitos (expressamente indicados como direitos individuais e coletivos no Capítulo I do Título II) como gera diversos outros benefícios à sociedade e ao Poder Judiciário.

Conforme a literatura jurídica consultada, os principais desses benefícios são, de um lado, a garantia de acesso à justiça a consumidores que individualmente não teriam o conhecimento, os meios ou o incentivo necessários para buscar em juízo a declaração e a realização dos seus direitos e, de outro lado, a ausência de multiplicidade de demandas individuais que geraria custos desnecessários e agravaria a morosidade judicial, além de expor o Poder Judiciário ao risco de concessão de decisões contraditórias.

Ocorre que as ações coletivas ainda não têm normatização completa e uniformizada, de forma que a doutrina reforçou o conceito da máxima interação entre as normas esparsas relacionadas a elas, inclusive por conta da referência cruzada entre CDC (artigo 90) e LACP (artigo 21). Com isso, entende-se haver um microsistema de ações coletivas, possibilitando a aplicação das normas favoráveis constantes não apenas do CDC e da LACP, mas de outras leis relevantes, tais como a Lei nº 4.717/1965, da ação popular, a Lei nº 7.853/1989, que dispôs sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, a Lei nº 7.913/1989, acerca da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado financeiro, a Lei nº 12.016/2009, do Mandado de Segurança, que traz as disposições sobre o respectivo processo coletivo, e a Lei nº 8069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Também demonstramos que houve uma maior preocupação dos legisladores e dos operadores de direito processual civil acerca da participação ostensiva do juiz em busca da verdade real dos fatos envolvidos nas lides. Afinal, compete ao magistrado aplicar e realizar o direito no caso concreto, zelando pelo direito do consumidor, que, conforme vimos, é indisponível, especialmente quando tutelado por órgão colegitimado, que não é o seu titular e não pode renunciar, desistir ou transigir quanto a ele. Pode, no máximo, buscar uma forma diferente de cumprimento pelo fornecedor que ameaça ou viola tal direito.

Para tanto, estudamos os princípios nos quais o julgador deve se pautar, dividindo-os entre os fundamentais a qualquer processo, mas que merecem enfoque diferenciado nas ações coletivas (devido processo legal; inafastabilidade do controle jurisdicional; isonomia; contraditório e ampla defesa; demanda, dispositivo, congruência e impulso oficial; proibição da prova ilícita; motivação; publicidade), e outros específicos das ações coletivas, assim vistos por parte da literatura jurídica (primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo; máxima prioridade da tutela coletiva; máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva ou não taxatividade; atipicidade ou máxima amplitude da ação e dos processos coletivos; máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva; indisponibilidade



ou disponibilidade motivada da ação coletiva; microsistema ou aplicação integrada das leis para a tutela coletiva; reparação integral do dano).

Com base especialmente nesses princípios, moldados pela efetividade processual para o julgamento das ações coletivas, indicamos algumas atitudes concretas que entendemos devam ser adotadas pelos magistrados em cada uma das fases do processo coletivo, como forma de garantir o melhor resultado das ações coletivas relacionadas a lides de consumo.

Inicialmente, defendemos a necessidade de, na fase postulatória, o juiz: (1) controlar a representatividade adequada do autor da ação coletiva, isto é, estabelecer critérios rígidos para reconhecer a legitimidade ativa, com o objetivo de se certificar de que a coletividade estará devidamente representada e não sofrerá prejuízos de qualquer tipo, de forma que não basta ao autor integrar o rol de legitimados dos artigos 82 do CDC e 5º da LACP; (2) permitir e estimular ao autor da ação todas as emendas à petição inicial que se façam necessárias, seja para suprir vícios formais da exordial, seja para ampliar subjetiva ou objetivamente os limites do pedido, tudo como forma de aproveitar ao máximo o procedimento já iniciado; (3) conceder, até mesmo de ofício, todas as tutelas de urgência cabíveis, inclusive a antecipação de tutela na forma do artigo 273 do CPC, caso estejam presentes os requisitos legais para tanto.

Já na fase de saneamento do processo coletivo, entendemos que o magistrado: (1) ao resolver questões processuais pendentes, novamente deverá levar em conta o princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, que lhe recomenda tomar todas as atitudes necessárias à continuidade do processo coletivo, evitando extingui-lo sem resolução do mérito, e (2) deve inverter o ônus da prova sempre que vislumbrar verossimilhança nas alegações do autor ou quando este for hipossuficiente, nos termos indicados nesta dissertação. Defendemos que isso ocorra preferencialmente na fase de saneamento do processo para permitir maior possibilidade de defesa pelo réu e evitar alegações futuras de nulidade, que poderiam macular todo o procedimento e gerar atrasos na obtenção da tutela almejada para a coletividade.

Na fase instrutória do processo, o magistrado: (1) inclusive por força de norma expressa, pode e deve ordenar de ofício a produção de todas as provas necessárias ao esclarecimento da verdade real dos fatos, sem se contentar com a verdade formal dos autos. O julgador deve ser bastante proativo para se certificar de que terá equilibrado a relação de forças entre o fornecedor e o consumidor vulnerável; (2) poderá inverter o ônus econômico da prova, sem necessariamente inverter o ônus da produção da prova em si, quando o autor se

mostrar hipossuficiente economicamente, tudo como forma de viabilizar a produção da prova. Todavia, se o custo da prova não for pago pelo fornecedor, poderá ocorrer a inversão completa do ônus da prova, prejudicando aquele que deixou de custeá-la.

Quanto à fase decisória, demonstramos que o princípio do impulso oficial recomenda uma postura do magistrado no sentido de, respeitados o contraditório e a ampla defesa, conhecer dos fatos a ele levados pela petição inicial e, independentemente de pedido expresso ou de específica autorização legislativa para tanto (que haverá se forem aprovados os projetos de lei em trâmite a respeito, mas não é mandatório), conceder todos os tipos de tutela jurisdicional necessários à garantia dos direitos da coletividade, inclusive de reparação integral dos danos causados, até a prolação da sentença. Isso se justifica pela indisponibilidade dos direitos coletivos do consumidor e não fere os princípios da demanda, dispositivo e congruência.

Com relação à fase recursal, expusemos que: (1) pela indisponibilidade do direito do consumidor coletivamente tutelado, não pode o autor colegitimado da ação coletiva aceitar a decisão desfavorável à coletividade, nem renunciar ao direito de recorrer, total ou parcialmente, ou ainda desistir de seu recurso; caso o faça, o magistrado deverá intimar os demais colegitimados a darem andamento ao recurso ou, se isso não ocorrer, precisa considerar que as ações coletivas estão sujeitas a reexame necessário a favor da coletividade de consumidores; e (2) os recursos de apelação somente serão recebidos com efeito suspensivo em casos extremos e de perigo irreversível ao apelante, tendo em vista a necessidade de a sentença de procedência dos pedidos da ação coletiva imediatamente começar a ser executada, em homenagem aos princípios da efetividade e duração razoável do processo.

Por fim, quanto à fase executiva da decisão judicial, demonstramos a necessidade de se permitir (1) a execução provisória, justamente pela falta de efeito suspensivo aos recursos; (2) a deflagração da execução coletiva pelo juiz, sem necessidade de ele ser instado a tanto pela parte; e (3) a execução de provimentos declaratórios, sem exigência de pedido condenatório de fornecedores, em homenagem ao disposto no artigo 475-N do CPC e, em qualquer dos casos acima, novamente pelo princípio da efetividade.

Os atos apontados não são exaustivos, mas servem para ilustrar a esperada postura do juiz em ações coletivas relacionadas a lides de consumo. São condutas como essas, despegadas de formalismos desnecessários, mas atentas às garantias constitucionais inerentes aos princípios já mencionados, que contribuirão para uma maior efetividade das ações coletivas e para o atendimento integral dos direitos do consumidor.

Para realmente fazer valer esse direito fundamental constitucional, é preciso quebrar paradigmas, e aqueles mais autorizados e melhor posicionados para tanto são os magistrados.

## REFERÊNCIAS

AGUADO, Juventino de Castro; CUNHA, Antonia Ap. Mendes de Salles. Os princípios constitucionais, as lacunas do direito, o conflito de normas e a garantia dos direitos coletivos. **Revista do Tribunal Regional Federal**. 3ª Região nº 79, set./out. 2006.

ALEXANDRIDIS, Georgios José Ilias Barnabé. **O pedido no processo coletivo**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

ALEXY, Robert. Sobre a Estrutura dos Princípios Jurídicos. Traduzido por Fernando Alves Gomes e Luiz Gonzaga Guimarães e Garcia de Carvalho. **Revista Internacional de Direito Tributário**. v. 3. jan. /jun.2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático (Palestra proferida na sede da ESMAFE em 7.12.1998). **Revista de Direito Administrativo** nº. 217, jul./set. 1999

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, Renato Franco de e COELHO, Aline Bayerl. Princípio da demanda nas ações coletivas do estado social de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 13, nº 52, jul./set. 2005.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós - Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela. As obrigações de fazer e de não fazer. Valores dominantes na evolução dos nossos dias. **Revista de Processo** nº 97, ano 25, jan./mar. 2000. São Paulo: RT, 2000.

ANDRADE, Fábio Martins de. O Consequencialismo, a Modulação Temporal dos Efeitos e o Ativismo Judicial nas Decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 172, jan. 2010.

ARMELIN, Donaldo [et. al]. **Comentários à execução civil**: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). São Paulo: Saraiva, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11.ed. São Paulo: RT, 2007.

BARROSO, Edison Vicentini. **O juiz, o princípio dispositivo e a justiça**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. Influência do Direito Material sobre o Processo. 6.ed. Revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2.ed. São Paulo: RT, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada – comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di Diritto Processuale Civile** – Le azione. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. **Revista de direito mercantil**. nºs 15/16, ano XIII, 1974.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas (jul/2007) sobre os poderes e deveres do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. v.4. 7.ed. Salvador: JusPodium, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 3.ed. v. II. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da Ajuris** – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul nº 110, ano XXXV jun. 2008.

FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça**: experiência recente e desafios futuros. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200006&script=sci_arttext). Acesso em: 15 jun. 2013.

GALEA, Felipe Evaristo dos Santos. **Comentário de jurisprudência**: nova visão do superior tribunal de justiça sobre o artigo 16 da lei da ação civil pública. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/artigos/artigo.htm>>. Acesso em: 5 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. Confiança do consumidor na sociedade de risco massificada. **Revista de Direito Privado** nº 47, set./dez. 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**. 5.ed. atualizada pelas Leis nºs 11.785/2008 e 11.800/2008, que alteraram os arts. 33 e 54 do CDC. Niterói: Impetus, 2009.

GENZ, Karin Sohne; FINGER, Julio Cesar. **A inconstitucionalidade da Lei nº 11.448/2007**. Disponível em: < <http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=73>>. Acesso em: 5 mai. 2013.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo** nº 108, ano 27, out./dez. 2002.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; OLIVEIRA, Ricardo Alves de. **O sistema da responsabilidade civil e os danos processuais nas ações coletivas**. v.863, ano 96, São Paulo: RT, set. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor. MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno Miragem (Org.) (Coleção doutrinas essenciais, v. I). São Paulo: RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. v.2: (atos processuais a recursos e processos nos tribunais), 18.ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, vol. 361, mai./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. [et. al] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9.ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro. In: **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança**. Curitiba: Juruá, 2006.

LACERDA, Galeno. Eficácia da prestação jurisdicional no atendimento às demandas sociais. **Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. ano XX, nº 59, nov. 1993.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. In: **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. (Coord.)Arnoldo Wald. São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos difusos e coletivos**. 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2000.

LOPES, João Batista. Contraditório, paridade de armas e motivação da sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade civil do fabricante e da defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1992.

MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. A responsabilidade civil em face de danos decorrentes do deferimento de tutelas de urgência em ações coletivas. **Revista de Processo** nº 171, ano 34, mai. 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Comentários à execução civil**: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). (Apresentação). ARMELIN, Donaldo; BONÍCIO, Marcelo J.M. Bonício; CIANCI, Mirna Cianci; QUARTIER, Rita. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

MARINS, James. **Responsabilidade da empresa pelo fato do produto**. São Paulo: RT, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: RT, 2010.



MARQUES, Claudia Lima. **Contratos do código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5.ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. Arts. 1º a 74 - Aspectos Materiais. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. **Contratos do código de defesa do consumidor**. 2.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. Campinas: Millennium, 2000.

MARSH, Gene A.. **Consumer protection Law – in a nutshell**. Third edition. St. Paul, Minnesota: West Group, 1999.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A defesa do Consumidor como Direito Fundamental na Ordem Constitucional. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. (Coord.) **Temas de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAZZEI, Rodrigo Reis. **Comentários ao código civil brasileiro – Parte geral** (Arts. 1º a 103). v.1. ALVIM, Arruda; ALVIM, Therez. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 24.ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. Atualização de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28.ed. revista e atualizada até a EC No. 68/11 e súmula vinculante 31. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Cumprimento” e “Execução” de sentença: necessidade de esclarecimentos conceituais. **Revista Dialética de Direito Processual** nº 42 – set.2006.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. ano II, nº 11, mai./jun. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9.ed. revista, ampliada e atualizada com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12.ed., revista, atualizada e ampliada até 13 de julho de 2012. São Paulo: RT, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. **Leis Civis Comentadas**: atualizado até julho de 2006. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.

NOSETE, José Almagro. Garantías constitucionales del proceso civil. In: RAMOS, Francisco (edición). **Para un proceso civil eficaz**. Barcelona: Servicio de publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1982.

NUNES, Cleucio Santos. Pronunciamento da prescrição de ofício por juiz incompetente: exegese construída a partir da nova redação do artigo 219 do CPC – Lei 11.280. **Revista Dialética de Direito Processual** nº 40, jul.2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. **Poderes do juiz nas ações coletivas**. São Paulo: Atlas, 2009.

OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto? **Rivista di Diritto Civile**, anno XLIV, 1998, Parte Prima. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1998.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

PASSOS, J.J. Calmon de. Considerações de um cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: **Tendências do moderno processo civil brasileiro**. Aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias. Coordenadores Lúcio Delfino...[et al.]. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. (Coord). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008.

PAULA, Adriano Perácio De. Controvérsias do Processo Civil em Matéria de Consumo. **Revista do Consumidor** nº 54. São Paulo: RT, 2005.

PINTO, Eneida Luzia de Souza. Princípios informativos das ações coletivas. **Revista de Processo** nº 151, ano 32, set. 2007.

PIZZOL, Patricia Miranda. **Coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo\\_patricia.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf)>. Acesso em: 5 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. **A Competência no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. I poteri del giudice nell'ordinamento brasiliano. In: **Davanti al giudice** – studi sul processo societario. LANFRESCHI, Lucio e CARRATTA, Antonio (cura). Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

\_\_\_\_\_. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Ativismo e garantismo no processo civil**: apresentação do debate. MPMG Jurídico nº 18, out./nov./dez. 2009.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Judiciário como poder político no século XXI. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. ano II, nº 11, mai./jun. 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do direito processual civil**. v.2. São Paulo: RT, 2000.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Arresto cautelar**. 3.ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5.ed. de acordo com a Emenda Constitucional 56, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses Difusos e Coletivos**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). **Revista de Processo** nº 128, ano 30, out. 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O prosseguimento da reforma processual. **Revista de Processo** nº 95, ano 24, jul./set. 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Processo de execução e cumprimento da sentença**. 25.ed. São Paulo: Leud, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Diretrizes do novo processo civil italiano. **Revista de Processo** nº 69, ano 18, jan./mar.1993.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Visão difusa do direito**: vieses da sua complexidade através de um olhar sistêmico. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

WALD, Arnaldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. **Revista de Informação Legislativa** n. 111, v.28, jul./set. 1991.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Direito Processual Civil**. v.1. 7.ed. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. A reforma do código de processo civil – 2ª fase. **Revista de Processo** nº 87, ano 22, jul./set. 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.) **Curso avançado de direito processual civil** – teoria geral do processo e processo de conhecimento. v.1. 10.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. **Revista da Ajuris**. nº 106, ano XXXIV, jun. 2007.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. atualizada. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas: Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo. In: SHIMURA, Sergio Seiji; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord) **Processo de Execução**. São Paulo: RT, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2011.

## SITES CONSULTADOS

### CÂMARA DOS DEPUTADOS

Disponível

em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=651669&filename=Tramitacao-PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=Tramitacao-PL+5139/2009)>. Acesso em: 28 jul. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE).

Disponível em: <<http://7a12.ibge.gov.br/en/voce-sabia/curiosidades/estados-mais-populosos>>. Acesso em 28 jul. 2013.

JORNAL DA TARDE

Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/advogado-de-defesa/tag/plano-collor/>>. Acesso em: 5 mar.2013.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – 38ª SUBSEÇÃO – SANTO ANDRÉ

Disponível em: <[www.oabsa.org.br/novo/documentos/cod\\_proc\\_civil.pdf](http://www.oabsa.org.br/novo/documentos/cod_proc_civil.pdf)>. Acesso em: 9 mar.2013.

PORTAL UOL

Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/infomoney/2012/04/12/aumento-da-classe-c-sustenta-o-crescimento-do-consumo-no-brasil.jhtm>>. Acesso em: 10 mar.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Disponível em: [http://www.stj.jus.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp). Vários acessos.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Vários acessos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/>. Vários acessos.

## **REFERÊNCIAS NORMATIVAS**

ABNT NBR 10520:2002 – Informação e documentação – citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023:2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2003 – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2004 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225:2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6027:2012 – Informação e documentação – Informação e documentação –  
Sumário – Apresentação